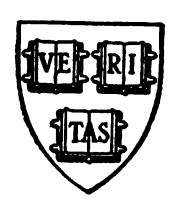
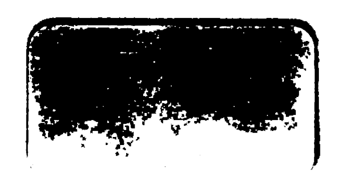

VE
RI
TAS



Mexico

RECURSO DE CASACIÓN.

INFORME

DEL

LIC. D. INDALECIO SANCHEZ GAVITO

ANTE LA

1ª SALA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO

IMPUGNANDO EL RECURSO INTERPUESTO

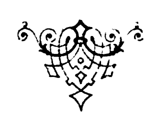
POR LA TESTAMENTARIA DE D. IGNACIO AMOR

EN AUTOS CONTRA LOS HEREDEROS

DE D. ANTONIO ESCANDON

Y DEL

LIC. D. ALEJANDRO ARANGO Y ESCANDON.



MEXICO

IMPRENTA Y LITOGRAFIA "LA EUROPEA" DE F. CAMACHO.

Calle de Santa Isabel núm. 9.

1896

RECURSO DE CASACIÓN.

INFORME

DEL

LIC. D. INDALECIO SANCHEZ GAVITO

ANTE LA

1ª SALA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO

IMPUGNANDO EL RECURSO INTERPUESTO

POR LA TESTAMENTARIA DE D. IGNACIO AMOR

EN AUTOS CONTRA LOS HEREDEROS

DE D. ANTONIO ESCANDON

Y DEL

LIC. D. ALEJANDRO ARANGO Y ESCANDON.



MEXICO
IMPRENTA Y LITOGRAFIA "LA EUROPEA" DE F. CAMACHO.
Calle de Santa Isabel núm. 9.

1896

ÍNDICE.

Por D. Félix Cuevas, representante común de los herederos de D. Antonio Escandón y de la heredera del Sr. Lic. D. Alejandro Arango y Escandón, suplico á la Sala se sirva desechar el recurso interpuesto, condenando al recurrente en las costas, daños y perjuicios, por exigirlo así los méritos de justicia que paso á exponer.

Jamás, Señores Magistrados, han logrado afectarme las ofensas que nos dirigen los enemigos de nuestra raza;[1] porque los juzgo incapaces de comprender y de sentir lo que hay en ella de noble, levantado y generoso, y por eso contesto á sus injurias con el poeta de las tristezas:

> "Si lo que hay en mí que vale algo,
> Eso, ni lo pudiste adivinar."

Yo os ruego, Señores Magistrados, que me escuchéis con benevolencia, y que con ánimo tranquilo y sereno deis la razón á quien la tenga, sin dejaros afectar por lo que digan los deturpadores de nuestra raza, ni conmover por lo que repitan los satélites que les sirvan de eco, ni preocupar por lo que piensen los que no saben juzgar á los demás sino por las miserias de su propio corazón.

Si así lo hacéis, y no debo tener sobre ello duda al-

1 Alude á la cita hecha por el Abogado del recurrente en la que se censura acre é injustamente á los tribunales de las repúblicas hispano-americanas.

guna, no puedo abrigar temor por el éxito de la causa que patrocino; porque es la causa de la justicia, la causa de la razón, la causa del derecho.

A las dificultades que el recurso tiene por naturaleza, se agregan en el presente caso las que nacen de la índole del que le interpone, tan propenso de suyo á lo inusitado y á lo aparatoso.

Cuarenta y un capítulos de casación propone el recurrente en los que supone que se han violado cuarenta disposiciones legales; algunas una vez, como los artículos del Código de Procedimientos 28,[1] 66,[2] 354,[3] 355,[4] 439, frac. 2ª,[5] 546,[6] 551,[7] 621;[8] los del Código Civil de 1870, 1167,[9] 1183,[10] 3854,[11] 3875;[12] del Código Civil vigente, 10,[13] 1061,[14] 1276,[15] 1277,[16] 1323,[17] 3153;[18] de la Ley de 10 de Agosto de 1857, 7,[19] 21,[20] 64;[21] de la Instrucción para el Juzgado de difuntos, 13;[22] de las leyes de Partida, ley 9, tít. 9, Part. 3ª,[23] ley 10, tít. 14, Part. 3ª,[24] ley 19, tít. 22, Part. 3ª,[25] ley 8, tít. 33, Part. 7ª,[26] y ley 5, tít. 33, Part. 7ª;[27] otras dos veces, como los artículos 1º,[28] 27,[29] 939[30] y 1419[31] del Código Civil vigente; la ley 8ª, tít. 3º, Part. 3ª,[32] y la ley 9ª, tít. 9, Part. 6ª;[33] otras, tres veces, como la ley 23, tít. 9, Part. 6ª,[34] y art. 3º de la ley de 23 de Diciembre de 1843;[35] otras, cuatro veces, como la ley 114, tít. 18, Part. 3ª;[36] y otras, seis veces, como los artículos del Código de Procedi-

1	Cap.	15.	10	Cap.	12.	19	Cap.	37.	28	Caps.	20 y 22.
2	Id.	10.	11	Id.	37.	20	Id.	24.	29	Id.	8 y 9.
3	Id.	30.	12	Id.	37.	21	Id.	37.	30	Id.	4 y 9.
4	Id.	30.	13	Id.	4.	22	Id.	10.	31	Id.	6 y 7.
5	Id.	32.	14	Id.	11.	23	Id.	36.	32	Id.	13 y 17.
6	Id.	32.	15	Id.	6.	24	Id.	34.	33	Id.	19 y 23.
7	Id.	32.	16	Id.	39.	25	Id.	25.	34	Id.	21, 38 y 40.
8	Id.	39.	17	Id.	6.	26	Id.	24.	35	Id.	31, 33 y 35.
9	Id.	11.	18	Id.	39.	27	Id.	28.	36	Id.	25, 26, 27 y 29.

mientos Civiles 26,[37] 554,[38] y 605,[39] y el art. 20 de la ley de 10 de Agosto de 1857;[40] lo que forma la suma de setenta y tres infracciones que tenemos el deber de analizar.

En el recurso de casación hay tres períodos ó estados que considerar separadamente, que son: 1º Admisión del recurso; 2º Casación en el fondo; y 3º Sentencia. Cada uno de ellos se rige por reglas y principios especiales y el método exige analizarlos separadamente.

I

ADMISION DEL RECURSO

Antes de entrar al análisis de cada capítulo, corresponde establecer los principios cardinales en que el recurso de casación descansa. Al hacerlo así no pretendo en manera alguna enseñar á la Sala algo que no sepa mejor que yo, sino que, al contrario, pretendo mostrarle qué es lo que yo he aprendido de sus sabias enseñanzas, y sobre todo necesito consignar las bases en que han de descansar mis raciocinios.

Desconfiando de mis propias fuerzas no estableceré teoría alguna que no se halle apoyada en las doctrinas de los maestros de la ciencia, ó ejecutorias de la Corte de Francia, del Tribunal Supremo de España ó de esta Sala.

El Sr. Diego Fernández ataca este modo de discutir[1] y ataca especialmente, apoyado en Laurent, la ciencia de las ejecutorias.

37 Caps. 8, 9, 13, 15, 17 y 20.
38 Id. 1, 2, 18, 25, 27 y 32.
39 Caps. 1, 2, 3, 5, 12 y 16.
40 Id. 10, 11, 14, 21, 38 y 40.

1 Lo hizo así en réplica; pero para conservar la unidad de doctrina, intercalo en esta publicación sus argumentos, omitiendo el informe de dúplica.



La jurisprudencia no es otra cosa más que la ley aplicada á puntos no comprendidos en ella expresamente, sino deducidos de su letra, conforme á los principios generales de la ciencia del derecho y por raciocinios de la recta razón.

Las ejecutorias no hacen otra cosa más que esto mismo y esto mismo también hacen los autores.

El abogado tiene que acudir á unas y otros; porque puede tachársele de sospechoso y de discurrir como lo hace por las exigencias de la causa que patrocina.

Los autores luchan por el adelanto de la jurisprudencia; pero este adelanto no le consideran consumado sino cuando sus ideas son admitidas y sancionadas por las Cortes de Casación, y Laurent, que combate las sentencias, no hace otra cosa en toda su obra más que acogerse á las sentencias de la Corte de Casación cuando ellas confirman las doctrinas que enseña el distinguido profesor de Gante; pues como dice Troplong[1] la jurisprudencia de la Corte *es origen de todas las luces y punto de apoyo de todos los progresos razonables en jurisprudencia.*

Con más especialidad combate al Tribunal Supremo al que niega autoridad científica: 1º, porque asienta principios erróneos como el de que las sentencias obligan en algunos casos á los que no litigan y el de que la voluntad del testador es la ley suprema de las sucesiones; 2º, porque pronuncia sentencias contradictorias según afirma un escritor de mérito, D. José María Pantoja; y 3º porque no sabemos como está formado. 1º. No voy á repetir los antecedentes de doc-

1 Citado por Rivière, Jurisp. de la Cour de Cassat. Introduct. § 1.

trina y de razón que abonan lo resuelto por el Tribunal Supremo sobre cosa juzgada; porque están expuestos extensamente en mi Informe de primera instancia.

No hay que justificar lo que dice sobre voluntad del testador; porque lo aplica y se entiende cuando no están en causa leyes de derecho público. Declara que los ejecutores no tienen obligación de rendir cuentas cuando el testador los releva de esa obligación, no porque pueda el testador derogar á leyes de orden público, sino porque según la recta interpretación de las leyes españolas, la que impone á los Albaceas la obligación de rendir cuentas no es una disposición de derecho público, y siguen en esto á los autores de la Enciclopedia. Dalloz, discurriendo sobre legislación mucho menos liberal, opina lo mismo.

2º. No son de negarse los méritos de D. José María Pantoja, puesto que por ellos mereció la gran distinción de ser Secretario de Sala del Tribunal Supremo, título que ostenta con orgullo en sus Repertorios.

Respecto de las sentencias contradictorias, aun cuando fuera verdad la contradicción, dos sentencias contradictorias en 60 años de funciones, ó sea dos sentencias contradictorias en cosa de 15,000 sentencias, convengamos en que es un pobre argumento.

Además, habría que examinar en primer lugar si eran de la época en que la primera Sala estuvo dividida en dos secciones; en segundo si existía en realidad la contradicción que se alegaba; y en tercero si esa contradicción no importaba abjurar de antiguos errores y no constituía un progreso en jurisprudencia.

"Revista doctrinal de las *variaciones* y de los pro-

gresos de la jurisprudencia de la Corte de Casación," se titula la obra de H. F. Rivière, y no obstante este título tan significativo y de los ataques punzantes de algunos autores franceses, no deja de ser la Corte, como dice Troplong, fuente de toda luz y de todo progreso en jurisprudencia y de ser un Tribunal digno de toda consideración y respeto para propios y extraños; pues, á mi juicio, ese Tribunal es uno de los de más alta autoridad en el mundo.

Síguele de cerca el Tribunal Supremo de España, y para convencerse de ello, baste saber que en la organización de justicia en España el ascenso es por rigurosa escala, para que se comprenda cuántos servicios y cuántos méritos necesita tener el que llega á ocupar un puesto en esa elevada Magistratura.

Bastaría saber que han formado parte de ese Tribunal Arrazola, Arrieta, D. Juan Martín Carramolino D. Luis Silvela y D. José María Manresa y Navarro.

Y bastarían para ilustrarle tres de sus Presidentes, que son el Marqués de Gerona, D. Pedro Gómez de la Serna y D. Eugenio Montero Ríos, que en el anterior Ministerio de Sagasta dejó la cartera de justicia para ocupar la Presidencia del Tribunal Supremo.

D. Francisco Silvela, el segundo de Cánovas del Castillo, acababa también de ocupar una cartera y defendía pleito ruidoso por los obligacionistas de Osuna, en Noviembre de 1893, y decía al concluir: "pero no llego al final de mi Informe sin sentirme poseído de profunda emoción, porque es un honor muy grande para mí pronunciar la última palabra ante este alto Tribunal en defensa de los intereses perjudicados, de los derechos heridos de los obligacionistas de Osuna,

y también es un momento muy solemne el que se avecina para grandes sentimientos y principios morales, para altos prestigios de la ley y de la conciencia pública en mi patria."

Con ese respeto, con esa consideración, con ese miramiento hablan á ese Tribunal los hombres más conspicuos en la Tribuna, en la Política y en el Foro; prueba bastante de que sus enseñanzas merecen el favor que vosotros le concedéis en vuestras ejecutorias.

Pasando al examen del recurso, necesita el escrito en que se interponga llenar ciertos requisitos, y voy á ocuparme de algunos de ellos.

Primer Requisito.—Depósito. Disponen los arts. 708 y 709 del Código de Procedimientos: "Art. 708. El que interponga el recurso de casación bajo el primero de los aspectos que especifica el art. 699, cuando las sentencias de primera y segunda instancia fuesen conformes de toda conformidad, deberá depositar la cantidad que el tribunal señale al admitir el recurso, la que no podrá pasar de mil pesos. Si no se hace el depósito dentro de cinco días de notificado el auto en que se fija la cantidad, á petición de la otra parte, se declarará desierto el recurso." "Art. 709. Para los efectos del artículo anterior, se declara: que dejan de ser conformes de toda conformidad las sentencias, siempre que contienen alguna resolución distinta; exceptuándose únicamente la imposición de multas y la condenación en costas. La diferencia en los considerandos no destruye la conformidad."

Es indudable que las sentencias de primera y segunda instancia son conformes en el sentir de la ley. Ambas desechan la excepción de inepto libelo y am-

bas declaran que el actor no ha probado las acciones que dedujo y que los demandados han probado las excepciones que alegaron, y ambas, en consecuencia, absolvieron á los demandados.

La diferencia entre una y otra sentencia consiste en que la sentencia de primera instancia condenó á los actores á pagar á los demandados quinientos pesos en calidad de multa y las costas del juicio, mientras que la sentencia de segunda instancia derogó estas dos condenaciones; pero esta diferencia no exime del depósito según el art. 709 que acabo de copiar.

La ley española[1] en los recursos de casación por infracción de ley, exige el depósito de mil pesetas cuando las dos sentencias fueron conformes, y la tercera Sala del Tribunal Supremo, al declarar inadmisible un recurso en sentencia de 8 de Julio de 1884,[2] decía: "Considerando que según es de recto sentido y de práctica constante y se deduce del párrafo segundo del mismo art. 1698, existe la conformidad exigida por la ley para dicho efecto cuando ambas sentencias resuelven en el mismo sentido, sin aditamento que agrave ó modere el fallo, todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate, de suerte que resulten iguales en el fondo, aunque difieran en las palabras ó en la forma de su redacción.»

No cabe duda de que este requisito es de admisión ó de legal interposición. Exígese en Francia en todo caso y dice sobre este punto A. P. Tarbé:[3] "L'amende n'est pas une mesure fiscale, mais un moyen de repres-

1 Art. 1698.
2 Colec. esp. t. 56, núm. 310.
3 Cour de Cas. Introduct. cap. IV, § 5, pág. 116.

sion contre la temérité des pourvois. La présomption légale est en faveur du juge, et toutes les fois que le justiciable élève ses plaintes et ses critiques contre la décision judiciaire, la loi exige une consignation d'amende, qui tout en le forçant á quelques réflexions sur son entreprise novelle, donne à la société la certitude que cette sorte d'atteinte à l'autorité du juge ne sera pas impunie."

T. Crépon: [1] "La régle générale est que tout pourvoi, en matière civile, doit être déclaré non-recevable, si la consignation d'amende prescrite par la loi n'a pas été effectuée, à moins que d'une disposition formelle, il ne résulte que le demandeur en cassation a été ou a pu être dispensé de la consignation."

El Sr. Lic. D. Agustín Rodríguez enumera los requisitos de legal interposición,[2] y entre ellos: "Séptimo, que cuando las sentencias de primera y segunda instancia sean conformes se constituya un depósito."

Dos casos he encontrado yo en que esta primera Sala se ocupa del depósito.

El primero es en sentencia de Diciembre 17 de 1891 [3] en que se trata de un juicio verbal seguido ante el Juez de primera Instancia de la Paz, en el que fué absuelto el demandado y el actor interpuso el recurso de casación: el Juez admitió el recurso, pero previniendo al recurrente que hiciera un depósito de cien pesos, como en efecto lo verificó. Esta Sala, siendo ponente el Sr. Magistrado Rafael Rebollar, declaró inadmisible el recurso y mandó devolver el depósito por el ra-

1 Du Pourvoi en Cassat. T. 1, lib. II, cap. III, sec. II, núm. 229.
2 Informe por los sobrinos de Doña Dolores Chávez de Landaluce, números 73 y 74.
3 Anuario, tomo de 1891, pág. 223.

zonamiento siguiente: "Considerando 3º: Que por lo que se refiere al depósito de cien pesos, ha tenido razón el C. Balarezo en oponerse y solicitar que se le devuelva, porque sea cual fuere la doctrina en que el Juez se fundó, no ha podido ser aplicable en presencia del art. 708 del Código de Procedimientos Civiles, que manda que se haga depósito únicamente cuando hay dos sentencias conformes de toda conformidad; y como en el presente caso no hay más de una sentencia, fué indebido por medio de una interpretación extensiva mandar verificar el referido depósito, y en tal virtud no puede mandar hacerse de él la distribución á que se refiere el art. 732 del Código de Procedimientos Civiles, que sólo tiene lugar cuando ha habido depósito legalmente constituído."

Dos cosas se infieren de esta resolución: Es la primera que el asunto es de legal interposición, supuesto que la Sala no pasó de este período y resolvió sobre el depósito, y segunda que es de la competencia de la Sala resolver sobre ese punto, porque el art. 731 no establece diferencia entre este requisito y los demás, y por igual razón que en el caso citado declaró que no debía haberse constituído el depósito, habrá de declarar, cuando así sea procedente, como en nuestro caso procede, que ha debido constituirse el depósito, y que, por no haberse constituído, el recurso ha sido ilegalmente interpuesto.

El segundo caso ha sido resuelto en ejecutoria de 9 de Noviembre de 1893 siendo ponente el Sr. Magistrado D. José Zubieta.[1] Tratábase de un juicio segui-

1 Anuario, tomo de 1893, pág. 465.

do por D. Rafael B. Couto contra D. Agustín Candás, quien fué condenado en primera y segunda instancia, é interpuso el recurso de casación. Cedo la palabra al Agente del Ministerio Público, Lic. D. Francisco de P. Cardona, quien tan perfectamente llegó á dominar el recurso de casación. Dice así el Sr. Cardona, ocupándose de analizar el introducido por Candás: "El recurso fué interpuesto dentro del término y al admitirlo la Sala á quò señaló al recurrente el plazo de cinco días para que constituyera el depósito de cien pesos en el Banco Nacional. El Sr. Candás pidió que se le eximiera de la obligación de hacer el depósito por estar habilitado de pobre, como lo acreditó con la copia certificada de la información respectiva rendida en el Juzgado 3º de lo Civil, con motivo de unas diligencias que tenía que continuar contra Couto. La Sala accedió á lo pedido, pero la parte contraria se opuso. Sin embargo de esta oposición, la Sala sentenciadora dió entrada al recurso, sin resolver el punto de oposición, por creer que había concluído su jurisdicción, dejando expedito el derecho de la parte opositora para hacerlo valer ante quien correspondiera.—Cuando el recurso de casación no ha sido legalmente interpuesto, es superfluo examinar las violaciones de ley en que se apoya. Por esto, debe decidirse previamente el punto de interposición. Entre los requisitos de legal interposición se enumeran los que se llaman de forma extrínseca, y uno de ellos consiste en acompañar oportunamente el billete de depósito de la cantidad que fije la Sala sentenciadora cuando las dos sentencias, es decir, la de primera y la de segunda instancia, sean conformes de toda conformidad. Así lo exige el art.

708 del Código de Procedimientos Civiles.—El Sr. Candás no hizo el depósito de cien pesos que fijó la Sala sentenciadora, y pretende eximirse de la obligación de satisfacer ese requisito con la habilitación de pobreza que obtuvo en el Juzgado 3º para la prosecución de unas diligencias contra el Sr. Couto. —El art. 301 del citado Código dispone que la habilitación surtirá sus efectos sólo en el negocio para el que se haya solicitado, sin que se pueda conceder general para todas las causas. Por otra parte, si se pide durante el juicio, debe oírse al colitigante.[1] Ninguna de estas condiciones se ha llenado en la habilitación presentada por el Sr. Candás, pues no se promovió en el juicio correspondiente, ni se rindió para el efecto de continuar el propio juicio gozando de las prerrogativas concedidas á los habilitados por causa de pobreza. El negocio para el cual se otorgó, aunque es entre las mismas personas, nada tiene que ver con el juicio en que se ha interpuesto el presente recurso. Por consiguiente, esa habilitación no puede surtir efecto alguno. Poco importa que la Sala sentenciadora haya dado entrada al recurso sin la condición del depósito previo. La Sala de casación tiene facultad de resolver si se han llenado todos y cada uno de los requisitos de legal interposición. La constitución del depósito es tan necesaria como la interposición del recurso en tiempo. Bien puede suceder que el Tribunal sentenciador admita un recurso fuera del término, y no obstante, la Sala de casación al examinar los requisitos de admisibilidad, puede y de-

1 Artículos 292 y 296.

be declararlo mal interpuesto, como lo comprueban diversas ejecutorias. En el caso de que se trata, hay, además, la circunstancia especial de que la Cuarta Sala no resolvió el punto debatido, porque consideró que no era de su incumbencia, y dejó vivo el derecho del colitigante para impugnar ante esta Sala la admisión del recurso por falta de depósito. Es, pues, notorio que no se ha llenado este requisito y que para el efecto de la legal interposición nada significa el que se haya dado entrada al mismo recurso remitiendo los autos á esta Sala; y esta Sala exponía en su Considerando 3º: "y siendo requisito previo para la interposición del recurso de que se trata, la constitución del depósito, y no habiendo el Sr. Candás acreditado estar dispensado de la observancia de ese requisito, tiene que concluirse que su recurso, en el caso, no es admisible, por defecto de legal interposición."

Falta el depósito y esa falta debiera librarnos de examinar el recurso, pues ella basta para que se declare ilegalmente interpuesto.

Replica el recurrente que no es de declararse ilegalmente interpuesto por falta del depósito: 1º, porque no hay esta obligación sino cuando el Juez á quò manda hacerle: 2º, porque la pena de no hacerle es declararle desierto: 3º, porque las sentencias no son conformes, en virtud de que tienen las siguientes diferencias: 1ª, la sentencia de segunda instancia da por desistido al actor de la demanda sobre revelación, y la de primera no: 2ª, la sentencia de segunda instancia da por desistidos á los demandados de la excepción de obscuridad, y la de primera no: 3ª, porque la misma sentencia recurrida dice en el Considerando

21, que las sentencias de primera y segunda instancia no son conformes, y no reclamado este punto, es una verdad innegable é indiscutible para las partes.

1º El depósito es requisito de admisión, y como dice la ejecutoria en el negocio de Agustín Candás y de Rafael Couto, no puede ser dispensado por el Tribunal á quò.

2º La pena de deserción es para cuando se fijó el depósito y no se hizo; pero cuando esto no acontece, queda en el caso de los demás requisitos de admisión.

3º La inconformidad de las sentencias tiene que venir, como lo dicen las doctrinas que he citado en mi primer informe, sobre los puntos que se discuten entre los litigantes, y retirado un punto de la discusión, ya no es objeto de discusión, ni puede serlo de diferencia entre las dos sentencias. La sentencia de primera instancia absuelve á los demandados de la acción de revelación por improcedencia, y la de segunda instancia declara que esa acción no es á su cargo por desistimiento. Para los demandados es completamente igual lo uno que lo otro: de la misma manera en un caso que en otro quedan libres y quitos de la acción de revelación, y la diferencia en los fundamentos no constituye diferencia.

Lo mismo acontece con la excepción de inepto libelo, pues el Juez de primera instancia la declaró improcedente, entre otras razones, por el desistimiento; pues dice el Considerando 1º: «que en esa virtud el Juzgado, ante la renuncia formal que de la excepción de defecto legal, en la forma de proponer la demanda llevaron á cabo los demandados por medio de

sus representantes, no puede menos que tenerla por legalmente descartada del juicio.»

La sentencia recurrida en el Considerando 21, que se cita, considera que el levantamiento de la multa impuesta por la de primera instancia, constituye diferencia bastante para no hacer condenación en costas, y pudo hacer uso de su derecho de interpretar la ley en ese sentido; pues la frac. 4ª del art. 143 sólo excluye de la conformidad la condenación en costas y no excluye la multa, mientras que el art. 709 excluye también expresamente la multa.

Puede perfectamente sostenerse que no hay conformidad de la sentencia para la imposición de costas que previene el art. 143 por la diferencia en la multa. Así lo declara la sentencia recurrida, nadie la ha reclamado en ese punto, que queda en consecuencia, como verdad legal.

No puede sostenerse inconformidad de las sentencias para el efecto de constituir el depósito, por razón de diferencia en las multas, porque expresamente lo prohibe el art. 709. La sentencia recurrida no ha hecho declaración alguna á este respecto; en consecuencia, nadie la ha consentido ni es por lo que á esto se refiere la verdad legal, sino que la verdad es lo que dice el art. 709.

2º *Requisito. Claridad.* La primera regla á que tiene que sujetarse el recurso, es la claridad. Claridad en la cita de la ley, claridad en la expresión del concepto, claridad en la determinación del hecho, claridad en la relación del hecho con la causa que determina la infracción reclamada. Dice Emile Chénon:[1] «Mais

1 Origines, condition et effets de la Cassation, II part. nº 36.

l'exposé des moyens de cassation doit être clair et précis. La Cour suprème rejette impitoyablement et avec raison, tous les pourvois où ces moyens sont indiqués d'une façon trop vague.» Ed. Fousier-Herman dice igualmente:[1] «L'indication des moyens sur lesquels est fondée la requétte en cassation est manifestement une partie essentielle de cette requétte; il ne suffit pas aux juges de la Cour suprème de savoir qu'on attaque tel jugement ou tel arrêt; il faut encore qu'ils sachent pourquoi, à raison de quels griefs on les attaque.»—«On retrouve des applications de ces principes dans les arrêts qui ont décidé que le pourvoi n'est pas recevable quand les demandeurs n'ont articulé aucun moyen de cassation á l'appui de leur pourvoi, mais seulement *des allegations vaines et insignifiantes,* qui ne remplissent point le *vœu* de la loi relativement á cette formalité nécessaire pour se conformer au réglement de 1738.»

Alguna vez he tenido ocasión de referirme á esta materia, y exponía entonces las siguientes ideas:[2] «Es requisito indispensable de la casación, el que se cite la ley que se suponga violada; porque esto es lo que diferencía el recurso de casación del recurso de súplica. El Tribunal que conoce de una súplica investiga y estudia todo el negocio en todas sus relaciones con el derecho. El Tribunal que conoce de la casación no investiga todo el negocio, sino el punto concreto que se determina, y ese punto concreto no le discute en todas sus relaciones con el derecho, sino en sus relaciones

1 Repert. Gén. du droit franç., tom. 9, núms. 60 y 66.

2 Discurso ante la Academia mexicana de legislación y jurisprudencia correspondiente de la Real de Madrid.—Sesión de 15 de Junio de 1894.

con la ley que se cita como infringida.—Es preciso determinar el concepto en que la ley se supone infringida, para no examinar tampoco ésta en todas las interpretaciones de que puede ser susceptible, sino que sólo tenga que examinar la inteligencia que le da el recurrente y si es distinta de la que le dió el Tribunal sentenciador.—El Código de Procedimientos nos dice:[1] «En el escrito ó comparecencia deberá citarse precisamente la ley infringida, y precisarse el hecho en que consiste la infracción; de lo contrario se tendrá por no interpuesto el recurso.»—«Exposer sommairement un moyen, c'est dire en quoi et comment la loi que l'on cite à été violée par la décision ataquée.»[2]

Esta Sala dió gran claridad á estas ideas en varias de sus ejecutorias y principalmente en la que voy á extractar.

La sentencia pronunciada por esta respetable Primera Sala el 18 de Septiembre de 1891, en el juicio que el Sr. Gervasio Oria promovió contra Zetina y Compañía, se expresa como sigue: "Considerando que para que el recurso de casación se pueda considerar interpuesto legalmente es indispensable, entre otras cosas, que, además de citarse la ley infringida de un modo preciso, también se precise el hecho en que consiste la infracción,[3] lo cual se verifica cuando se relaciona uno y otro, constituyendo tal relación el concepto, según lo tiene establecido esta Sala; que

1 Art. 720.
2 Traité pratique des pourvois en cass. par Camile Scheyven.—Cap. III, núm. 143.
3 Art. 720.

en el caso que se examina no se ha llenado esa exigencia de la ley y la jurisprudencia que rectamente la ha interpretado, y por lo mismo hay que decidir, en obedecimiento del art. 720, que el recurso se debe tener por no interpuesto. Efectivamente, al formular el primer capítulo de casación se cita el art. 555 y los arts. 445 á 451, y luego se afirma que la parte resolutiva los infringió por haber declarado que Oria no justificó la acción que fundó en los documentos que presentó; pero ni dice ni se intenta demostrar siquiera cómo esa resolución puede ser contraria á los ocho artículos que cita, *ni hace mención de su contenido con relación á lo decidido por el fallo,* circunstancia que es indispensable para que hubiera la precisión que está obligado á emplear el recurrente y que la Sala no puede suplirle. Lo mismo sucede respecto al segundo capítulo: allí se citan tres artículos sin ocuparse para nada de su contenido, y dice que la resolución asegura que la acción no se justificó." [1]
Como se ve, no sólo explica la Sala en esta sentencia con toda claridad lo que se entiende por concepto, sino que hace más todavía, da la regla práctica para expresarlo cuando se interpone el recurso de casación; consiste el concepto, según esta enseñanza, en la comparación que hace el recurrente entre el punto decidido por el fallo y la disposición de la ley que se supone infringida, para deducir como resultado de esta comparación el hecho violatorio que da motivo al recurso, y la regla que da para expresar este concepto en el escrito de casación es la siguiente: se hace

1 Anuario de 1891, pág. 127.

mérito de cual es el precepto de la ley aplicable, se indica después cual fué la resolución de la sentencia, y como resultado de la comparación entre estos dos elementos, se obtiene el concepto de la violación.

Dice aquí la Sala mexicana, que ella no puede suplir los medios invocados, y es la doctrina correcta en casación, pues enseña Chénon:[1] "La Cour, en principe, par respect pour l'autorité de la chose jugée, ne doit pas suppléer d'office les moyens proposés par le demandeur: s'ils sont insufficents, elle doit rejeter le pourvoi, alors meme qu'á coté des ouvertures de casation invoquées il s'en trouverait de péremptoires."

De conformidad con estos principios declara el Tribunal Supremo de España en sentencia de 29 de Octubre de 1885:[2] "Considerando que los fundamentos del recurso de casación deben siempre tener relación inmediata con las cuestiones debatidas en el pleito no pudiendo aquél nunca decidirse por distintos motivos, ni por otros conceptos que los expresados al interponerlo;" y en sentencia de 19 de Mayo de 1894: "Considerando que en cumplimiento de lo que disponen el art. 1720 y los números 4 y 9 del 1729 de la ley de Enjuiciamiento Civil, en los escritos interponiendo el recurso de casación en el fondo, debe citarse con precisión y claridad la ley ó doctrina legal que se cree infringida y el concepto en que lo haya sido; no habiendo lugar á admitir el recurso en que esto no se verifique[3] ......" En el mismo sentido desechaba la Tercera Sala un recurso en sentencia de 31 de Oc-

1 Loc. cit.
2 Colec. cit., t. 58, núm. 389.
3 Colec. esp., t. 75, núm. 147.

tubre de 1885, fundándose en[1] "que no procede el recurso de casación por infracción de ley, según los números 4 y 5 del art. 1729 de la ley de enjuiciamiento civil, cuando no se citan con precisión y claridad las leyes que se suponen infringidas y el concepto en que lo hayan sido" y en el mismo sentido dice la Sala primera en sentencia de Octubre 22 de 1885:[2] "Considerando que prescindiendo de que no se cita con la debida precisión y claridad la ley invocada en el 5º motivo del recurso, *no resulta tampoco infringida en el concepto que se expresa, y que es el único que á este Tribunal compete examinar.*"

El recurso que yo hallo en la colección de sentencias españolas en que se hayan invocado más medios de casación, es en el interpuesto á nombre del Marqués del Sobroso, en el que invocó treinta y un medios; pero si fácil fué el recurrente en invocar medios, no lo fué menos el Tribunal en rechazarlos: "Considerando, dice,[3] que el recurso de casación no puede fundarse, como repetidamente se ha declarado por este Supremo Tribunal, en alegaciones generales, citas de leyes ó doctrinas que no se concreten y apliquen á las cuestiones debatidas en el pleito, y que se hayan resuelto por la sentencia con expresión del motivo de la infracción y la causa ó razón de ella, precisando en lo que consista para que se pueda conocer y apreciar; y que no habiéndose propuesto en esta forma las que se alegan en los números 14, 15, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31 y 32, tampoco pueden estimarse."

1 Colec. cit., t. 58, núm. 392.
2 Colec. cit., t. 58, núm. 372.
3 Colec. cit., t. 9, núm. 25, sentencia de Enero 30 de 1864.

En sentencia de Mayo 24 de 1867:[1] "Considerando que no se explica ni razona la aplicación que quiere darse y puedan tener las infracciones que por último se enumeran en el 12º como era debido y preciso que se hiciera para que fueran apreciadas."

La precisión en la cita de la ley, requiere que se determine la fracción si tiene varias: Dice el resumen de la sentencia de esta Sala de 19 de Junio de 1890:[2] "Cuando se citan como infringidos artículos que tienen varias fracciones, es necesario precisar cuál de ellas ha sido la violada."

Naturalmente se necesita que sea verdad el concepto que se atribuye á la ley. La 3ª Sala del Tribunal Superior de España en sentencia de 8 de Abril de 1893, declaraba inadmisible un recurso, y resume sus raciocinios de esta manera: «Que el art. 1,466 del Código Civil no dispone la rescisión del contrato en el sentido de que el vendedor no está obligado á entregar la cosa si el comprador no ha pagado el precio ó no se ha señalado en el contrato un plazo para el pago: Que se falta á lo dispuesto en los arts. 1720 y 1729, núm. 7, de la ley de Enjuiciamiento Civil, atribuyendo á los textos legales que se citan como infringidos preceptos que no contienen.»

Esta Sala en sentencia de 14 de Marzo de 1890 decía en resumen:[3] "Es ilegal la interposición cuando es vago, incoherente ó inexacto el concepto." La de Junio 19 de 1890:[4] "Es ilegal la interposición cuando

1 Colec. cit., t. 15, núm. 152.
2 An., t. de 1890, p. 204.
3 Anuario de 1890, pág. 41.
4 Ibid., pág. 204.

es falso el hecho en que se funda la violación;" y la de Junio 15 de 1891:[1] "Es ilegal la interposición cuando se apoya en supuestos falsos."

Esa claridad y precisión se requiere de la misma manera en la cita de la ley, que en la determinación del hecho que se supone violatorio y de la pieza de autos que se aduzca como fundamento, pues de otra manera estaría obligado el Tribunal de casación á hacer un estudio de todas las actuaciones para encontrar la que fuese objeto de la queja.

"No puede estimarse el error de hecho en que el recurrente sostiene que la Sala sentenciadora ha incurrido al fijar el resultado de las pruebas, dice la ejecutoria española de 12 de Febrero de 1884, tom. 54, pág. 230, si no ofrece otro comprobante de su afirmación que el apuntamiento del pleito, *sin concretar cuál de los documentos en él extractados* es el auténtico que demuestre la evidente equivocación del juzgador." El propio Tribunal en sentencia de 10 de Diciembre de 1894[2] declara inadmisible un recurso por las razones siguientes: «Considerando que para poder apreciar el error de hecho como causa de casación, es preciso determinar de un modo concreto el documento ó acto auténtico que lo demuestre, cual lo exige el núm. 7 del art. 1,692 de la ley de Enjuiciamiento Civil: Considerando que al impugnar la sentencia por error de derecho en la apreciación de la prueba, además de citar la ley infringida, debe determinarse también concretamente el elemento de prueba que se supone haber sido apreciado indebidamen-

1 Anuario, de 1891, pág. 71.
2 Colec. cit., t. 76, núm. 124.

te, porque si no se hace así, falta el concepto preciso de la infracción alegada.»

En el mismo Tribunal en sentencia de 21 de Febrero de 1867:[1] «Y considerando que en el contrato que motiva este pleito se estableció el plazo fijo de un año á contar desde 1º de Agosto de 1864, y habiéndose entablado la demanda de desahucio después de cumplido aquél en 12 de Septiembre de 1865, al deferir á ella la ejecutoria, lejos de infringir la ley del referido contrato, invocada en primer lugar en el recurso, se ha ajustado á la misma y á lo prevenido por derecho sobre la materia.—Y considerando, por último, que cuando en contravención á terminantes prescripciones legales se funda un recurso en hechos inexactos ó tergiversados y se prescinde de la jurisprudencia tan reiteradamente consignada en fallos de este Supremo Tribunal, como sucede en este caso, se comete falta, digna de corrección disciplinaria.»

3er. Requisito.—Medios contradictortos.—Una consecuencia directa del requisito anterior consiste en que los medios que se invoquen tiendan al mismo fin y estén en armonía los unos con los otros.

El recurrente presenta los fundamentos que á su juicio ha debido adoptar la Sala sentenciadora, y si esos fundamentos aparecen contradictorios, es á la vez una ofensa para el Tribunal sentenciador y para el Tribunal de Casación, así como una prueba, no sólo de la falta de derecho, sino de la mala fe del recurrente, que no pudiendo admitir en su espíritu dos

1 Colec. cit., t. 15, núm. 38.

proposiciones contradictorias, intenta sin embargo que las acepten los Tribunales.

Emilio Reus, comentando el art. 1,692 de la ley de enjuiciamiento vigente en España, al hablar de la contradicción en las sentencias, se expresa así: «Si grave [1] é irregular es que un Tribunal viole una ley ó una doctrina legal ó la interprete y aplique con error é indebidamente; si grave es que la sentencia no sea congruente con las pretensiones de las partes; que otorgue más de lo pedido ó guarde silencio sobre puntos que ha debido resolver, más grave es todavía que el fallo de una sentencia contenga disposiciones contradictorias. Esto, aparte del perjuicio que irroga á las partes, puesto que introduce la confusión y ninguna de aquellas sabe á qué atenerse y hasta donde llega la extensión de los derechos que se le han concedido ó las obligaciones que se le han impuesto, aparte de esto, un fallo contradictorio, revela poca fijeza en el Tribunal que lo dicta, sobre las cuestiones propuestas, una ligereza ó falta de rectitud, si no una complacencia en favor de una de las partes con perjuicio de la otra. Semejantes fallos no pueden consentirse, y el otorgar ó conceder contra ellos el recurso de casación es de necesidad en interés de todos, y especialmente en interés de la justicia.»

Aplicable es al recurrente que se contradice la mayor parte de las observaciones de Reus antes trascritas.

La sentencia española de 14 de Octubre de 1862 [2] dice: «Resumen: 1º, que el recurso de casación no procede por motivos que no hayan sido objeto de dis-

1 Ley de Enjuiciamiento Civil, t. 4, pág. 35.
2 Tomo 7, núm. 248.

cusión en el pleito; y 2º, que mucho menos tiene lugar su admisión cuando los fundamentos en que se apoya son contrarios á las excepciones y alegaciones que practica la parte que interpone el recurso.»

Esta Sala, en sentencia de 16 de Noviembre de 1891[1] bajo la ponencia del Magistrado D. Manuel Osio, consigna la doctrina compendiada en estos términos: «Es ilegal la interposición cuando se presentan conceptos contradictorios.»

Arguye el recurrente que la jurisprudencia de esta Sala ha establécido que se consideran como legalmente interpuestos recursos en que se invocan medios contradictorios.

Cita al efecto el caso de Juan Manuel Sevilla con Edmundo Van den Wingaert, Agosto 31 de 1886. En este negocio se interpone el recurso de casación por violación de las leyes del procedimiento y de leyes del fondo.

Según la ley española[2] el que se proponga interponer recurso de casación por quebrantamiento de forma y á la vez por infracción de ley ó de doctrina, interpone primero aquél, y, una vez desechado, interpone el segundo. Nuestra ley manda que se interpongan juntos,[3] pero que se votará antes sobre el primero [4] y en el caso de que se declare sin lugar se votará y resolverá sobre el segundo. Es este un caso previsto por ley y no puede servir de ejemplo; porque aquí no se trata de las causas del art. 714 y de las del 711.

1 An. de 1891, pág. 177.
2 Art. 1768.
3 Art. 721.
4 Arts. 729 y 730.

El caso que se cita se acomodó á las citadas disposiciones de la ley, y nada tiene que ver con los medios contradictorios.

Cita también la sentencia pronunciada en el negocio de D. Francisco de la Vega con D. Enrique Sánchez Vega, Julio 20 de 1886, y no hay contradicción alguna en ese recurso. En él se alega la infracción del art. 605 por la causa de la frac. II, art. 711, y se alegan otras infracciones del Código Civil y del de Procedimientos por la causa de la frac. I, art. 711, y en esto no hay contradicción alguna.

Lo que yo he sostenido que no puede hacerse es alegar que no debe de haber sentencia, como lo hace el recurrente en los primeros nueve capítulos, y que la sentencia debe de ser de tal manera, como dicen los capítulos siguientes, y he sostenido también que no se puede invocar como violación de la misma ley las dos causas del 711, y el recurso que se cita no incurre en ninguno de estos dos vicios.

El tercer caso que cita de Lavie y Comp. con García Hnos., Febrero 21 de 1893, sobre el que arguye que se invocaron medios contradictorios y que estos fueron aceptados por la Sala, la que decía en el Considerando segundo: «que se ha reclamado dentro de ocho días, por escrito, expresándose como motivo la frac. II del art. 711 del Código de Procedimientos que toca al fondo, autorizada la expresión por el art. 1,345 del Código de Comercio, citándose como infringidos los arts. 605 del Código de Procedimientos y 1,327 del de Comercio, *que no sólo no se contradicen, sino que son concordantes, más bien dicho, idénticos*, y al citarlos, se ha expresado con claridad y precisión

el hecho ó concepto en que se hace consistir la violación, relacionando el motivo y ley infringida con lo resuelto en la sentencia.»

Nadie tiene derecho de decir que los medios invocados eran contradictorios, cuando la Sala dice que no lo son, y la cita resulta contraproducente, porque del tenor del considerando se infiere que aceptó los medios porque no eran contradictorios, lo que hace suponer que no los habría aceptado si fueran realmente contradictorios.

4.º Requisito.—Citas exactas.—Es consecuencia del requisito 2º la de que las citas hayan de ser exactas, sin que pueda admitirse rectificación á pretexto de errores ó por cualquier otro motivo.

Es claro que si se admitiese rectificación en las citas tendría que admitirse igualmente en la determinación del hecho, en la exposición del concepto de la ley y en la expresión del concepto de la violación, con lo que vendrían por tierra todas las teorías en que descansa el recurso de casación.

Emilio Reus, comentando los arts. 1,728 á 1,731 de la ley española, dice [1] al exponer los motivos por los que no debe admitirse un recurso: "7º *Por error en la cita de la ley.* Este es sin duda el caso menos frecuente de que se deniegue el recurso, pues no es de suponer que se cite como infringida una ley que evidentemente no disponga lo que se haya supuesto en el recurso. Sólo un error de cita puede dar lugar á ese caso; pero como el error de derecho no aprovecha á nadie, y mucho menos cuando el recurso se interpo-

1 Tom. 4, p. 76.

ne bajo la firma de un Letrado, ese simple error basta para declarar inadmisible el recurso."

Arguye que puede rectificar las citas con arreglo á la doctrina expresa de Crépon que dice así:[1] «Jugé que le moyen de cassation est suffisamment indiqué dans la réquete qui précise le grief relevé dans le jugement attaqué, bien qu'il y ait erreur sur la citation du texte violé.»

Vamos á examinar esta doctrina.

La ley española previene[2] que dentro de los diez días de la sentencia, se avise al Tribunal á quò que se va á entablar el recurso, el que debe interponerse ante el Tribunal Supremo dentro de cuarenta días.[3]

En Francia[4] hay dos meses para interponer el recurso ante la Corte de casación. Según Crépon[5] en esa demanda no es necesario que se desarrollen los medios de casación y basta que se hayan indicado, y aun basta[6] que se señalen los artículos de ley violados por la decisión atacada, sin que sea necesario que se explique en qué se han violado.

Sigue Langlois diciendo[7] que después de la demanda se debe de presentar una memoria ampliativa, en el término de un mes para los negocios urgentes y de dos para los ordinarios, y que por eso la primera demanda concluye en esta forma: «Par ces motifs et

1 Liv. II, cap. III, núm. 109.

2 Art. 1,700.

3 Art. 1,716.

4 A. Langlois, Guide de la Proc. en mat. civ. dev. la Cour de Cas., cap. 3, sec. 1ª

5 Tom. 1, lib. 2, cap. 3, núm. 106.

6 Núm. 107.

7 Loc. cit.

tous autres à developper dans un memoire ampliatif qui sera ulterieuremente produit l'exposant conclut á ce qu'il plaise á la Cour.»—«Casser et annuler l'arret attaqué, avec toutes les consequences de droit.»

El art. 1º del Reglamento de 1738, sólo exige que la demanda contenga los medios de casación. Y comenta Tarbé que la demanda sólo contiene la indicación de los medios: «C'est plus tarde et dans le delais du reglement qu'un memoire ampliatif developpe et fixe les moyens.»

Bajo este principio se comprende que diga Crépon, como dice en la cita hecha por el recurrente,[1] que se puede subsanar el error porque puede ser reparado[2] por medio de una demanda ampliativa, pero que esto[3] sólo puede hacerse dentro del término y por eso dice más adelante:[4] «Les moyens consignés, soit dans la réquete introductive, soit dans le memoire ampliatif, sont d'ailleurs les seuls qui saisissent la Cour de cassation et sur lesquels elle soit obligée de statuer.»

Veamos lo que á este respecto tiene establecido esta Sala. Sentencia de Febrero 21 de 1885 sobre negocio en Tepeji del Río, en cuyo Considerando tercero se estima como vicio de legal interposición el que "se han aglomerado citas de varios artículos de los Códigos Civiles, de la Constitución del Estado, sin expresar de qué Estado se habla."—Sentencia de Febrero 27 de 1885: «Pues respecto de las violaciones del procedimiento que se alegan, ni siquiera se expre-

1 Núm. 109.
2 Núm. 110.
3 Núm. 119.
4 Núm. 124.

sa á qué Código de Procedimientos pertenecen los artículos que se citan como infringidos.»—Sentencia de Marzo 22 de 1886: *Considerando* 2º:—«El recurrente, al citar los artículos del Código Civil y de Procedimientos, debió especificar si se refería al antiguo ó al vigente, lo que no verificó.»—Sentencia de Marzo 29 de 1888:[1] *Considerando* 2º:—«Que por repetidas ejecutorias tiene establecido esta Sala que siendo el recurso de casación de estricto derecho, no puede de oficio entrar al examen de otras cuestiones que aquellas propuestas en el recurso, y bajo la forma en que lo han sido; y en este concepto si se ha incurrido en error al citar el motivo ó la ley violada y con mayor razón, si no existe el hecho en que se hace consistir la violación, la sentencia no puede ser casada.»—Sentencia de Julio 13 de 1894: El Considerando 3º desecha el recurso por haber citado un capítulo del Código de Comercio y no el art. 1,070 que era el conducente. La Sala sabía cuál era el artículo á que se quiso referir el recurrente y porque él no le citó, se declara inadmisible.

Las enseñanzas de la ciencia y de la jurisprudencia están en contra de la teoría del recurrente.

Invoca finalmente á su favor consideraciones de equidad, y reconozco que éstas están todas á su favor, porque dice el Sr. Diego Fernández, y dice muy bien, que es de lo más disculpable el que haya incurrido en algunos errores en un recurso como el que estamos examinando, y porque, agrega, y agrega muy bien, que es una enormidad el que no se concedan

1 **Anales, tomo de 1888, pág. 42.**

más de ocho días para interponer un recurso tan grave, tan difícil y tan delicado.

Todo esto es muy cierto, pero los términos judiciales no tienen en cuenta la equidad. Si se deja pasar el término para apelar de la sentencia más inicua, y aunque la omisión obedezca á causas perfectamente justificadas, la sentencia pasa á ejecutoria y á constituir la verdad legal.

Si se apela, en una sentencia que contenga cinco resoluciones, de la resolución tercera, será en vano que se arguya que fué un error y que se quiso apelar de la segunda resolución y no de la tercera; porque no habría tribunal que entrara á examinar la resolución segunda.

No es cuestión de doctrina ni de jurisprudencia, ni de equidad cuando la ley es de tál manera expresa que no deja lugar á duda. La ley dice: [1] "En el escrito ó comparencia deberá citarse *precisamente* la ley infringida." Ni la Sala ni yo tenemos que examinar más leyes que las citadas en el escrito en el que se introdujo el recurso, y las leyes que nos cita en el Informe no están en el escrito.

El recurso debe interponerse [2] ante el Tribunal que pronunció la sentencia, y las mismas citas que hoy hace, aunque sea con el pretexto de rectificación, no es sino una nueva demanda de casación, y esta Sala no recibe demandas sino que sólo examina las que le remiten los Tribunales ó Jueces sentenciadores. El recurrente puede acudir allá con las nuevas citas, y si el Tribunal sentenciador se las admite, entonces

1 Art. 720.
2 Art. 718.

tendré yo el deber de discutirlas y tendrá esta Sala competencia para examinarlas.

5.º Requisito.—Raciocinios hipotéticos.—Emilio Reus, en sus comentarios á la ley de Enjuiciamiento Civil de España de 3 de Febrero de 1881, actualmente en vigor,[1] dice: «El recurso de casación no debe sostenerse en sentido hipotético, pues la forma dubitativa, condicional ó hipotética, es inadmisible para determinar la casación.» De las sentencias en que se apoya, en la de 30 de Diciembre de 1867,[2] el recurrente alega por primer motivo la infracción de la ley 69 de Toro, que prohibe las donaciones de todos los bienes si no se reservan el usufructo, el que no se habían reservado en la escritura discutida por no imponer obligación de alimentos á los donatarios sino únicamente la de *asistirle, cuidarle y refrescarle,* continuando el recurrente: 2º En el caso de que con estas palabras se hubiera querido contraer la obligación de alimentar al donante, la ley 6ª tít. 4º Partida 5ª, sobre lo que dice la sentencia: «Considerando que propuesto en sentido hipotético el segundo motivo del recurso, es inadmisible, según está consignado en varios fallos de este Tribunal.» Cita otra sentencia[3] de 13 de Mayo de 1868, en la que los hermanos de un testador demandaron la nulidad de un testamento fundados en que «Las leyes prohibían los fideicomisos hechos en fraude de las mismas con el fin de que recayeran los bienes en alguna persona que tuviera incapacidad legal para recibirlos,» y dice la sentencia en un considerando que «los

1 Tom. 4º, art. 1,692.
2 Colec. cit., tom. 16, núm. 216.
3 Colec. cit., tom. 17, núm. 130.

fiduciarios no están obligados á revelar lo que se les confió con reserva,» y agrega en otro: «Considerando que no pueden fundarse recursos de casación en hipótesis.»

Esta Sala en sentencia de Junio 15 de 1891,[1] ponencia del Magistrado D. Manuel Osio, dice en el Considerando 3º, hablando de los capítulos 4º y 5º: "La queja en ambos capítulos es inepta por hacerse hipotéticamente en el capítulo 4º y apoyarse en supuestos falsos."

La razón de este requisito está perfectamente expuesta en sentencia española de 7 de Junio de 1867: [2] "Considerando que el recurso de casación no puede fundarse sobre hipótesis ó dubitativamente y para el caso en que la sentencia reclamada tenga una ú otra significación, porque siendo oscura ó ambigua ha debido pedirse su aclaración al Tribunal que la dictara en la forma prescrita por derecho;" "Considerando que propuestas de aquella manera irregular en los dos primeros motivos del presente recurso las infracciones que en ellos se citan, no pueden estimarse, porque sería necesario para apreciarlas que este Supremo Tribunal, que sólo está llamado á decidir si se ha infringido alguna ley ó doctrina de las invocadas contra la sentencia, fijara antes la inteligencia que debiera dársele, y que ésta fuera conforme á la intención del recurrente."

6.º Requisito.—Causa.—Dispone el art. 721: "Para introducir el recurso de casación, deberá alegarse al-

1 An., tom. de 1891, pág. 71.
2 Colec. cit., tom. 15, núm. 174.

guna de las causas enumeradas en los arts. 711 y 714, sin que sea lícito alegar después otra diversa."

Dice el art. 711: "El recurso de casación en cuanto á la sustancia del negocio, tiene lugar:—I. Cuando la decisión es contraria á la letra de la ley aplicable al caso ó á su interpretación jurídica.—II. Cuando la sentencia comprende personas, cosas, acciones ó excepciones que no han sido objeto del juicio, ó no comprende todas las que lo han sido."

¿Puede invocarse alguna vez como causa las dos fracciones del art. 711? La letra del art. 721 parece indicar que no, porque dice que debe alegarse *alguna de las causas*. Veamos si la razón abona lo mismo que la letra indica.

Dos partes contiene la frac. II del art. 711: una *cuando la sentencia comprende personas, cosas ó acciones que no han sido objeto del juicio*. ¿Podrá en ese caso ser posible invocar la causa de la frac. I, es decir, podrá la decisión ser contraria á la letra de la ley aplicable al caso ó á su interpretación jurídica? Sin duda que no: porque el recurrente sostiene, al invocar la parte copiada de la frac. II, que no existe sentencia, y si no existe sentencia, no puede ser ésta contraria á la ley. Acaso se diga que puede una sentencia declarar que obsta á la demanda la excepción de pago, sin embargo de que ni se haya alegado la excepción, ni esté probada y que entonces esa sentencia viola la ley reguladora de la prueba por la causa de la frac. I y viola la ley del quasi contrato por la causa de la frac. II. Esto es verdad, pero es verdad también que no pueden coexistir estas dos proposiciones: no existe sentencia; existe una sentencia contraria á la ley. El

recurrente que invoca lo uno no puede invocar lo otro sin contradicción, ó cuando menos necesita para eludir la contradicción invocarse uno de los medios como subsidiario.

La segunda parte de la frac. II se verifica cuando la sentencia *no comprende las personas, cosas, acciones ó excepciones que han sido objeto de la demanda.* De lo que en ese caso se queja el recurrente es de que no tiene sentencia y una sentencia que no existe no es contraria á la ley ni es contraria á cosa alguna.

Una ejecutoria de esta Primera Sala ha resuelto con precisión y claridad el punto que analizamos. Esta ejecutoria tiene fecha de 7 de Enero de 1890 en el juicio que el Sr. D. José María Manjarrés siguió contra D. Alberto García Granados, la que se expresa de la manera siguiente: "Que entrando al examen de los seis capítulos que contiene el escrito de casación, se percibe desde luego que en el capítulo 1º, por violación de los arts. 602, 605, 607, 612, fracciones II y III; 942, 946, 681 del Código de Procedimientos Civiles; en el 3º, por violación de los arts. 946.... en el 4º, por violación de los arts. 877 del Código de Procedimientos y 7º del Código Civil; se alegan en cada uno de ellos como causa ó motivo de casación *las dos fracciones del art.* 711 del Código de Procedimientos Civiles, es decir, la relativa á la congruencia de la sentencia con la demanda y las que se refieren al caso de que la decisión se estime contraria á la letra de la ley ó á su interpretación jurídica. *La alegación simultánea de estas dos causas de casación, para fundar violaciones de unas mismas disposiciones, revelan desde luego que el hecho violatorio ni es-*

tá precisado ni puede precisarse, pues para ello era preciso derivar el concepto de la violación de las relaciones que existen entre el hecho mismo, la causa ó motivo de casación, las disposiciones legales y las resoluciones recurridas, lo que es imposible verificar alegando simultáneamente las dos fracciones del art. 711, supuesto que ellas son incompatibles: la primera se refiere á la violación de las leyes que rigen el contrato ó acto motivo del juicio, y la segunda á violaciones del quasi contrato que se celebra por el juicio mismo. *No estando pues, precisado el hecho, ni pudiendo estarlo* en la manera que el recurrente presenta las violaciones en los capítulos referidos, en esos mismos capítulos *se falta al requisito de forma establecido* en la segunda parte del art. 720 del Código de Procedimientos Civiles.

7.º Requisito.—Los medios invocados en el recurso deben referirse á la parte resolutiva de la sentencia y no á los Considerandos.—En algunos estudios que he hecho sostuve que el que los medios invocados se refieran á los Considerandos y no á la parte resolutiva, correspondía al fondo del recurso y no á la forma ó sea á su legal interpretación.

Indújome á profesar esta opinión la circunstancia de que la Cámara Civil francesa y la Primera Sala del Tribunal Supremo de España, declaraban improcedentes muchos recursos por dirigirse contra los considerandos; luego, infería yo, no es tal circunstancia de forma; porque la Chambre de Requêtes francesa y la Tercera Sala Española, principalmente encargadas de la forma, habían declarado admisibles todos esos recursos.

Reconocí sin embargo, que tanto la Chambre de Requêtes como la Tercera Sala desechaban algunos recursos por falta de este requisito, y pensando después que si se ha de sostener la regla absoluta de que es requisito de fondo el de que ahora se trata, los casos expresados, sobre todo en la Tercera Sala Española, no podrían explicarse sino por una usurpación de atribuciones que no le correspondían y como esta explicación no debe admitirse sino cuando no quede otra, natural es buscar una fórmula dentro de la que la conducta de esa Sala tenga una explicación natural.

Podrá sugerirnos la regla verdadera la significación de las palabras "forma" y "fondo," significando "forma" lo que se descubre á primera vista, y "fondo" lo que necesita un examen minucioso, profundo y concienzudo del proceso.

Podrá entonces darse la regla de que es requisito de forma el argüir contra los considerandos, cuando aparece tal circunstancia de una manera manifiesta, y basta para conocerla la lectura de la demanda, contestación, sentencia y escrito en que se introduce el recurso, y no será sino cuestión de fondo cuando haya que examinar detenidamente el proceso.

Puede que se me arguya que invento esta nueva teoría por la conveniencia de la causa que actualmente patrocino, y si así se me arguye debo de contestar que la imputación carece de fundamento, porque mis clientes y yo no tenemos interés alguno especial en que se deseche el recurso por ilegal interposición: le tenemos inmenso en que el recurso no prospere, y llegado á ese resultado no hay preferencia alguna para conseguir el objeto por razones de forma y no de fon-

do, y más bien por el contrario la causa gana con que el recurso se deseche por razones de fondo, porque de esa manera era una confirmación más de la solidez de la base en que descansa nuestro derecho.

Pero sea lo que fuere de mis opiniones particulares, tengo que defender los negocios de que me encargo, no con mis opiniones particulares sino con la de los Tribunales que de ese negocio tienen que fallar.

La jurisprudencia de esta Sala es á este respecto uniforme, y me limito á citar la sentencia de Febrero 13 de 1894 en recurso interpuesto por la sucesión de D. Vicente Alfaro, en juicio que le promovió el Lic. D. Manuel Prieto,[1] cuya doctrina se extracta en estos términos: "No procede el recurso y debe tenerse como ilegalmente interpuesto, si se dirige sólo contra los considerandos de la sentencia, y con mayor motivo si estos son subsidiarios ó á mayor abundamiento."

8.º Requisito.—Es también requisito de forma que en el recurso no se haga supuesto de la cuestión. —Sobre este requisito proceden las mismas observaciones que respecto del anterior. Las teorías establecidas por la jurisprudencia de esta Sala se hallan perfectamente expuestas en el Informe últimamente pronunciado ante esta Sala por el Lic. D. Agustín Rodríguez, como patrono de la testamentaría de Doña Dolores Soto de Mayor, y es de todos reconocida la competencia de este Abogado en materia de casación. Dice así: "Se hace supuesto de la cuestión, según la jurisprudencia española y según la mexicana en sus ejecutorias, que no cito porque son casi incontables,

1 Anuario, tomo de 1894, pág. 48.

cuando en el recurso se invocan hechos, tesis jurídicas ó declaraciones distintas de las que contiene la ejecutoria recurrida, salvo el caso de que tratándose de los hechos se reclamen los que la ejecutoria consigna por violación de la ley que regula su prueba. —Y con razón, en este caso, el recurso debe considerarse como interpuesto ilegalmente.—Este requisito es de admisión, no de casación.—Si la ejecutoria ni consigna los hechos, ni establece las tesis, ni pronuncia las resoluciones de que el recurrente se queja, es evidente que no hay motivo para entrar á casación en el fondo.—Las violaciones que invoque el quejoso evidentemente no se han cometido por la ejecutoria recurrida.—No hay en consecuencia materia para la casación en el fondo."

Como ejecutoria en que se establezca la doctrina sobre los supuestos, me basta referirme á la última antes citada, cuya doctrina se extracta en estos términos: "Es ilegal la interpretación cuando el recurrente supone que la sentencia descansa en fundamentos que no son los que han servido de base única y exclusiva para apoyar la decisión.—Es ilegal la interposición cuando las violaciones descansan en supuestos falsos é inexactos."

En la jurisprudencia españóla se va acentuando más y más este requisito como de admisión, según puede verse en el último tomo de sentencias correspondiente á 1894.[1] Dice en sentencia de 28 de Septiembre de 1894:[2] "Considerando que no es *admisible* el recurso que se funda en hechos distintos ó contrarios de los

1 Tom. 76.
2 Colec. cit., tom. 76, núm. 36.

apreciados por el Tribunal sentenciador, según el resultado de la prueba, á no ser que esté comprendido en el núm. 7o del art. 1692;" es decir, á no ser que se reclame por violación de las leyes reguladoras de la prueba. En sentencia del día siguiente[1] dice también: "Considerando que no es *admisible* el recurso de casación en el que, *haciendo supuesto de la cuestión*, se dan por probados hechos que terminantemente niega la Sala sentenciadora." En el mismo sentido se expresan las sentencias de 6 de Octubre[2] y de 6, 10 y 24 de Diciembre.[3]

9.o Requisito.—Ley vigente.—Para la legal interposición del recurso es necesario que la disposición que se supone violada sea una ley propiamente tal y que haya estado vigente en la fecha del acto ó contrato que se discute.

El Código exige, para que haya lugar al recurso de casación:[4] "que la decisión sea contraria á la letra de la ley ó á su interpretación jurídica."

Dice Tarbé:[5] "Mais comme le fait observer M. Tolozan, il faut que la loi, prétendue violée, soit actuellement en vigueur; qu'il y ait une loi vivante et connue des juges que l'on accuse d' y avoir contravenu: que la disposition de leur jugement soit contradictoire avec celle de cette loi, et qu'il n'y ait rien dans le fait particulier de l'affaire qui puisse faire disparaitre cette contravention."

1 Colec. cit., tom. 76, núm. 37.
2 Ibid., núm. 48.
3 Ibid., núms. 120, 125 y 145.
4 Art. 711, frac. I.
5 Loc. cit., pág. 52.

"Se entiende, dice Emilio Reus,[1] que la sentencia es contra ley, para que sea admitido el recurso, cuando se infringe ya una ley escrita ó incluída en nuestros Códigos ó colecciones legales vigentes á la sazón."

Sentencia española de 4 de Octubre de 1894:[2] "Considerando que, según tiene declarado este Supremo Tribunal, no están vigentes desde la publicación del Código Civil, por su disposición final, las leyes de Partida relativas á condenación de costas, y la sentencia que condena al demandante al pago de las causadas en el pleito, por su notoria temeridad al proceder contra sus propios personales actos, contra la santidad del pacto y de la cosa juzgada, no infringe ni podía infringir la ley ya derogada que se cita."

Dice el resumen de la sentencia de esta Sala, fecha Julio 15 de 1890:[3] "Es ilegal la interposición cuando se citan como infringidas leyes derogadas."

10º Requisito.—Leyes aplicables.—No basta que la disposición que se supone infringida sea una ley propiamente tal y que esté vigente, sino que se necesita además que sea aplicable al caso.

La ley española de Enjuiciamiento se ocupa[4] de los casos en que se debe declarar "no haber lugar á la admisión del recurso," y comentándola Emilio Reus dice: "5º Por cita de leyes ó doctrinas impertinentes" y comenta: "La cita de esas leyes ó doctrinas verdaderamente impertinentes es sobrado motivo para que no se admita el recurso, porque nada podría hacer la

1 Loc. cit., art. 1,691.
2 Colec. cit., t. 76, núm. 169.
3 Pág. 227.
4 Art. 1,279.

Sala de Casación con ocuparse de esas leyes ó doctrinas no aplicables al caso del pleito, y la improcedencia del recurso es desde luego manifiesta, pues para que se dé lugar al recurso por haberse cometido violación ó interpretación errónea ó aplicación indebida de las leyes ó doctrinas legales, es preciso que éstas sean aplicables al caso del pleito." Dice el resumen de la sentencia española de 17 de Noviembre de 1893:[1] "Es improcedente el recurso de casación en que se citan como infringidas disposiciones legales inaplicables al caso."

La ejecutoria de esta Sala de 23 de Julio de 1890, decía en el considerando 3º:[2] "Supuesto que uno de los requisitos esenciales de la legal interposición consiste en que se alegue como infringida la ley aplicable al caso."

11º Requisito.—Fundamentos de la sentencia de Primera Instancia.—La sentencia recurrida concluye en la forma siguiente: «Por tales consideraciones, las demás conducentes de la sentencia de Primera Instancia, y fundamentos legales expresados en ésta, se reforma, etc.» Luego la sentencia de Primera Instancia forma parte integrante de la sentencia de Segunda Instancia, y es por lo mismo necesario tener en cuenta todo lo asentado en aquella sentencia respecto de cada punto que se someta á discusión, para saber si el recurso está legalmente interpuesto; porque si aquella sentencia establece un concepto para sostener la resolución que no hubiera sido impugnado en el recurso, estará éste mal interpuesto.

1 Colec. cit., t. 74, núm. 85.
2 Anuario, t. de 1890, pág. 276.

La sentencia recurrida habla de las consideraciones de la sentencia de Primera Instancia *que sean conducentes*, y lo son sin duda todas aquellas que tienden á establecer las resoluciones en que están conformes las dos sentencias.

Esta teoría se funda en la siguiente doctrina de Crépon:[1] «S'il arrive devant la Cour de cassation qu'un arrêt dénoncé ne se trouve pas suffisamment justifié par les motifs y exprimés, et qu'il soit nécessaire, pour éviter la cassation, de recourir aux motifs développés dans le jugement de première instance, confirmé par l'arrêt, la Cour de cassation peut juger que ces motifs sont sous-entendus dans l'arrêt, encore que les juges d'appel n'aient point déclaré s'en référer au jugement de première instance.»

En la sentencia de la Corte de casación de fecha 11 de Marzo de 1816[2] se dice: «Considerando que resulta suficientemente de la sentencia atacada, de la demanda sobre que recayó y de las *sentencias que confirma,* que para pronunciar la separación de bienes de que se trata, la Corte Real de Rouen ha tomado en consideración el peligro á que quedaban expuestas la dote y las aportaciones de la Sra. Morin por las disipaciones de su marido.»

Si aun en el silencio de la sentencia recurrida puede el Tribunal de casación acudir á los fundamentos de la sentencia de Primera Instancia, con mucha más razón puede y debe hacerlo cuando aquella se refiere á esos fundamentos en ésta consignados.

12º Requisito.—Sentencia definitiva.—Nuestra

1 Loc. cit., tom. III, lib. III, cap. III, núm. 128.
2 Sirey., tom. 5º 1—166.

ley no concede el recurso de casación si no es contra sentencias definitivas.[1] «El recurso de casación sólo procede contra las sentencias definitivas....»

13º Requisito.—Falta de interés.—Dispone la ley:[2] «Sólo aquel en cuyo perjuicio se haya violado la ley, puede interponer el recurso de casación.»

En la sentencia pronunciada el 25 de Noviembre de 1892, hizo la Sala la siguiente declaración: "y por tanto su queja en los dos capítulos 3º y 8º del recurso es inepta por la falta de procedencia conforme al art. 701 que dispone que sólo aquel en cuyo perjuicio se haya violado la ley puede interponer el recurso, y la sentencia dictada por el Tribunal de Tepic, aunque contuviera violaciones de ley no serían en perjuicio de la Compañía recurrente."[3] En la sentencia pronunciada el 19 de Julio de 1890 en el juicio seguido por el Sr. Lic. Caravantes contra la Sra. Flores de García se dice: "La queja comprendida en el capítulo 6º por irregular que se suponga no ha sido en perjuicio del recurrente,.... por lo que conforme al art. 701 no ha sido interpuesto legalmente el recurso en este capítulo."[4] Por último, la sentencia dictada el 20 de Mayo de 1893 en el juicio seguido por el Sr. Bernard contra Olivier y Comp., dice la Sala: "Por otra parte, aunque realmente hubiera habido cambio de persona moral no habría sido en perjuicio del recurrente y no tendría derecho para interponer el recurso por impedírselo el art. 701."

1 Art. 698.
2 Art. 701.
3 An. de 1892, pág. 414.
4 An. de 1890, pág. 243.

14º Requisito.—Falta de reclamación.—La ley dice:[1] "El recurso de casación no procede cuando el que lo interpone, pudiendo reclamar la violación, no lo ha hecho antes de pronunciarse la sentencia."

Esta Sala en sentencia de 14 de Octubre de 1893 dice: «El recurso en los capítulos 4º y 5º por el motivo de la frac. I del art. 711, descansa en la aptitud de la queja que contienen los dos primeros capítulos que esta Sala ha juzgado improcedente,[2] se hace en el supuesto de no ser legal la confesión ficta y no tener valor esa prueba, suposición que no admite la sentencia; y en el concepto equivocado de que en la sentencia se revocan y reforman todos los actos de sustanciación que tienen marcada tramitación y oportunos recursos para enmendarse, *debiendo tenerse como ejecutoriadas las determinaciones* que á su tiempo no fueron reclamadas, y produciendo su efecto para fundar la decisión final; es por tanto ilegal, la interposición del recurso en estos últimos capítulos.[3]

Tan expresas y terminantes como ésta son las innumerables ejecutorias que esta respetable Sala ha pronunciado con relación á este punto, es decir, declarando la ilegal interposición del recurso cuando se funda en violaciones que no fueron reclamadas oportunamente. Entre todas esas ejecutorias me voy á limitar á citar las siguientes: la pronunciada el 5 de Marzo de 1892 que dice: «No puede considerarse legalmente interpuesto, porque el motivo de la casación

1 Art. 702.
2 Fundándose en el art. 702 del Código de Procedimientos.
3 Anuario de 1893, pág. 459.

no se reclamó oportunamente.»[1] En la dictada el 16 de Enero de 1888, dice la Sala: «Que al examinar en particular el motivo de casación relativo al procedimiento, se nota que el recurrente no llenó las condiciones establecidas para su procedencia,.... porque derivando la infracción del precepto legal contenido en el art. 108, del hecho de haber resuelto el juez de primera instancia que el actor.... no podía aprovecharse del término supletorio concedido á su colitigante para sólo el efecto de practicar la diligencia que se promovió durante la dilación ordinaria, contra el auto de 2 de Julio de 1886, en que tal declaración se hizo, no interpuso el quejoso recurso alguno legal, pues no lo es la simple reserva de derechos, según la jurisprudencia de acuerdo con la doctrina de Manresa y Reus en su comentario á la ley de enjuiciamiento;»[2] en la de 26 de Julio de 1890 dictada en el juicio seguido por el Sr. Pérez Gálvez contra la Sra. Vidaurrázaga, dice la Sala: "Y examinado el (recurso) interpuesto por D. Juan de D. Pérez Gálvez en el capítulo primero, conforme á lo dispuesto en el art. 730, por introducirse alegando como motivo el de la fracción VI del art. 714, citando como infringidos los arts. 372, 507 y 1,128 del Código de Procedimientos, resulta viciada la interposición por falta de procedencia, porque aun supuesta la infracción, no reclamó oportunamente antes de la sentencia.... Conforme, pues, á lo dispuesto en el art. 702 del Código de Procedimientos, no es legal la interposición del recurso»[3].... Por último, voy á hacer mé-

1 Anuario de 1892, pág. 134.
2 Anuario de 1888, pág. 6.
3 Anuario de 1890, pág. 287.

rito de la que esta misma Primera Sala pronunció el 5 de Abril de 1892 en los autos del juicio promovido por la Sra. Margarita Reyes, porque ella resuelve cuestiones tan análogas á las que se versan en estos autos, que parece que fué dictada para decidir el presente recurso. Dice así: «Por lo que se refiere á la legal interposición, ... el recurso tiene los requisitos de tiempo y forma; pero no los de procedencia, ... por lo que en esa parte debe declararse que las quejas son ineptas para verse en casación. En efecto, la alegación consistente en afirmar que la confesión ficta está mal apreciada, porque conforme á la fracción III del art. 548 del Código de Procedimientos Civiles, no es legal, descansa en que la citación para pronunciarse el auto en que se dió por confesa á la Sra. Reyes, ... se hizo sin llenar las formalidades que exigen los arts. 417, 418 y 73 del Código de Procedimientos. Pues bien, este género de faltas debió de ser materia de reclamación cuando se cometieron, pidiendo la revocación del auto de 21 de Enero de 1891.»

II

CAPITULO I

Violación del art. 554 del Código de Procedimientos, que da plena fuerza á las actuaciones judiciales.—Violación del art. 605, que se refiere á la congruencia de la sentencia con la demanda y contestación.—Causa: Violación de ley, frac. 1ª del art. 711.

Violación del art. 554.—En el rubro del capítulo y al final, consigna las violaciones de los artículos citados y funda la del 554 de esta manera: «La parte actora, durante sus alegaciones en primera instancia, se conformó el 1º de Febrero del presente año con la excepción de demanda obscura, opuesta por los demandados, y pidió la consagrase la sentencia. Este hecho no lo reconoce la Sala; mas queda demostrado con la *actuación judicial* en que obra tal conformidad, y con el precepto del art. 554 del Código de Procedimientos Civiles vigente, que da plena fuerza probatoria á las actuaciones judiciales.»

1º La omisión de que se queja dice que *queda demostrada con la actuación judicial en que obra tal conformidad*, y como no corresponde á esta Sala, en funciones de Tribunal de Casación, meterse á buscar entre las dos mil páginas que acaso abarque ya este proceso, dónde está esa actuación, falta el primer requisito de precisión.

2º ¿Cuál es el concepto de la violación? No negaré yo que es una verdad que se puede presumir ese con-

cepto. Se puede decir que el recurrente se queja de que la sentencia omitió consignar su conformidad con la excepción opuesta, que hay una actuación judicial en que se hizo constar esa conformidad, que esa actuación judicial hace prueba plena según el art. 554, de donde se puede presumir que el quejoso estima violado el art. 554, porque no se hizo constar en la sentencia su conformidad con la excepción.

Todo esto es verdad, pero el recurrente no ha debido dejarnos el trabajo de hacer todas estas deducciones, sino consignarlas con frase inequívoca, y al no hacerlo así, falta al requisito de claridad y no expresa el concepto de la violación relacionando el hecho con la ley.

Si no reclama la violación, de nada le aprovecha invocar la constancia probatoria. Así lo dice la doctrina de Crépon que hay que tener presente para este caso y otros muchos análogos que ofrece el recurso. Dice así:[1] «Nous croyons également qu'on ne saurait considérer comme exacte la doctrine qu'un fait constaté par acte authentique peut servir de base á une décision de la Cour de cassation, bien que ce fait ne soit pas constaté par l'arrêt dénoncé.»

Sentencia de esta Sala. Julio 13 de 1892: "Cuando este hecho no ha sido eficazmente combatido, reclamando contra la apreciación material de él y contra la valorización de la prueba, no tiene facultad el recurrente para suponer hechos que la sentencia no consigna y que *no pueden entrar al debate de casación,* sino cuando han sido materia de antemano

1 Tomo 3, lib. III, cap. 3, núm. 78.

preparada con la queja respectiva contra la apreciación de esos hechos y por violación de la ley reguladora de la prueba."

3º En el capítulo 5º da por reproducidos los capítulos anteriores é invoca como causa la frac. II del 711, sin que se sepa si la aplica ó no al art. 554. Si la aplica tiene el vicio de invocar las dos causas, y en todo caso basta la duda para que exista el vicio de obscuridad.

Violación del art. 605.—Funda su queja de esta manera: "Resultado de estos dos hechos es: que la procedencia de la excepción dilatoria, no era punto de diferencia entre las partes, y que en consecuencia, no estaba sujeta á decisión de autoridad alguna judicial, supuesto que el consentimiento de los litigantes en materia que no es de interés público, es la ley de los autos. La Sala resuelve: *que se ha por desistidos á los demandados de esa excepción, y que esa misma excepción es improcedente.* Al rechazar la Sala la petición hecha por el actor, ha violado el art. 605 del Código de Procedimientos Civiles vigente, que al prohibir á los jueces se ocupen de excepciones no opuestas, les prohibe de una manera implícita por interpretación, que resuelvan sobre el fondo de las excepciones que no impliquen puntos de desacuerdo entre los litigantes."

1º La queja por violación del art. 605 descansa en la conformidad del recurrente con la excepción, según la queja que precede del 554, y como ésta no se ha hecho aptamente, resulta que la queja del 605 viene *en supuesto.*

2º De estos dos hechos el reo opuso una excepción:

el actor se conformó con ella, no resulta necesariamente que haya conformidad de los litigantes sobre la procedencia de la excepción, entre otras razones, por una que admite el actor, porque se haya desistido el reo antes de la aceptación del actor; luego *es falso el concepto* en que descansa la queja.

3º Dice que la *procedencia de la acción no era punto de diferencia entre las partes*. Este es un hecho que no le consigna la sentencia recurrida y no se ha reclamado contra ella por esa omisión; luego *hace supuesto de la cuestión.*

4º La sentencia en el resultando 11º consagra el hecho de que los demandados retiraron la excepción, y el recurrente hace punto omiso de esta circunstancia de tanta trascendencia para aquilatar el alcance de sus raciocinios y el valor de la queja, la que aparece descansando sobre la subsistencia de la excepción, lo que constituye un supuesto contrario á las constancias de autos consignadas en la sentencia recurrida.

«Al precisar el hecho en que consiste la infracción y el concepto en que ha sido violada la ley, es necesario examinar todas las constancias de autos relativas al punto y no sólo algunas de ellas.»[1]

5º La queja es *porque se ha resuelto sobre el fondo de excepciones que no impliquen puntos de desacuerdo entre las partes,* es decir, precisando un poco más: la queja es porque se resolvió sobre el fondo de la excepción de obscuridad, no porque se resolvió bien ó mal sobre ese punto, sino sobre que se resolvió.

Esta queja está en contradicción:

1 **Sentencia de esta Sala, Mayo 17 de 1886. Resumen.**

A. Con la conclusión de su Informe de Primera Instancia[1] que dice: «Los demandados no están obligados á contestar la demanda obscura que inició este juicio; tal es la conclusión final que pido al Juzgado se sirva consagrar en su sentencia.»

B. Con el principio de este mismo capítulo I, en que dice *que se conformó con la excepción de demanda obscura y pidió le consagrase la sentencia.*

C. Con las siguientes palabras del capítulo VI: «La Sala, al no dar efecto alguno á la excepción consentida de obscuro libelo, violó los arts. 1,276, 1,419 y 1,323 del Código Civil vigente.»

D. Con las siguientes palabras del capítulo VIII: «Si como era de su deber hubiera declarado que la demanda es obscura.»

6º En el capítulo III reclama la violación del mismo art. 605, porque *prohibe fallar sobre excepciones consentidas* y porque *la sentencia comprende una excepción que ya no era objeto legítimo del juicio,* es decir, que el concepto que expone en el capítulo III es el mismo que el que expone en el capítulo I sobre el art. 605, y sin embargo, invoca allí la frac. II del art. 711 y aquí invoca la frac. I. En el capítulo V da por reproducidos los capítulos anteriores, y por lo mismo el presente, y reclama como violado el art. 605 por la causa de la frac. II del art. 711. Es decir, que al mismo tiempo reclama por las dos fracciones del 711, faltando al requisito que antes hemos estudiado.

7º Como he dicho, se alega como causa de la violación del art. 605 la frac. I del 711, y la violación de

1 Pág. 260.

aquel no se rige por esa causa, y el recurso en que se le atribuye está ilegalmente interpuesto.

En la sentencia pronunciada el 31 de Enero de 1887 en el juicio seguido por los herederos de Gómez de la Cortina contra la Sra. Julia Gómez de Escalante[1] se dice: "Considerando que en el capítulo décimo del recurso y por haberse alterado la demanda ampliándola á lo que no se pedía en ella, se señala como violado el art. 605—el mismo que cita el Sr. Amor—refiriendo la violación al motivo de la frac. I del art. 711—como también lo hace el Sr. Amor—y en esa forma la violación alegada es inepta, pues el primer motivo del art. 711 se refiere al derecho debatido y no á la congruencia de la sentencia con la demanda y contestación; congruencia que preceptúa el art. 605 que se señala como violado." En la sentencia que esta Primera Sala pronunció el 27 de Diciembre de 1887 en el juicio seguido por D. Nicolás de Teresa contra D. Angel de la Luna[2] se dice: "Considerando que la queja por la violación de los arts. 605 y 607 del Código de Procedimientos no puede referirse al motivo de la frac. I del art. 711 que se expresó, y no citándose el segundo del mismo artículo, no es de atenderse á la queja del recurrente á este respecto."

En sentencia de 25 de Abril de 1894 declara esta Sala por unanimidad, siendo ponente el Sr. Magistrado D. José Zubieta:[3] "Considerando 2º........segundo, porque en el cap. 2º, la infracción del art. 605 del Código de Procedimientos Civiles, se relaciona ineptamente con la frac. I del art. 711 del propio Código."

1 An. de 1887, pág. 25.
2 An. de 1887, pág. 448.
3 An., tom. de 1894, pág. 156.

CAPITULO II

Violación del art. 554 del Código de Procedimientos, que da plena fe á las actuaciones judiciales.—Violación del art. 605 sobre congruencia.—Causa: violación de ley, frac. I del art. 711.

Violación del art. 554.—Funda la violación de la manera que sigue: "La Sala da por desistidos á los reos de la excepción de obscuro libelo. El desistimiento por parte de los reos *vino doce* días después de que el actor se había conformado con la excepción opuesta. Este hecho lo acreditan *las actuaciones judiciales* y el art. 554 del Código de Procedimientos Civiles vigente, que da á esos *documentos plena* fuerza probatoria.»

1º Como en el capítulo I, falta precisión en el señalamiento de la actuación judicial.

2º Como en el capítulo I, no hay claridad, ni expresión del concepto, ni relación del hecho con la ley.

3º Como en el capítulo I, la referencia que hace el capítulo V al presente le da el vicio de invocar las dos causas del 711, ó cuando menos el vicio de obscuridad.

Violación del art. 605.—Fundamento de la violación: «Terminada toda cuestión sobre esa excepción por *consentimiento* de las partes en materia que no es de derecho público, el desistimiento formulado en el alegato de los reos, *vino á plantear* una nueva cuestión en los autos que no figura en el cuasi-contrato, que no fué traída por la *acción ni* por la excepción.»

1º A semejanza del capítulo I, parte de la base de que el desistimiento de los demandados vino doce días después de la conformidad del actor; pero como éste hecho no le reconoce la sentencia, ni le reclamó aptamente en la primera parte del capítulo, la reclamación de la segunda parte ó sea del 605 viene en supuesto.

2º Aun cuando hayan mediado doce días entre uno y otro hecho, si fué durante el mismo acto judicial, jurídicamente es en el mismo momento. La excepción se retiró durante las alegaciones de primera instancia, que es cuando, según expresa en el capítulo I, el actor se conformó con ella, y discurre bajo el equivocado concepto contrario, haciendo supuesto de la cuestión.

3º Sostiene que se violó el art. 605 porque al admitir un desistimiento formulado doce días después de la aceptación de la excepción, la sentencia vino á *plantear una nueva cuestión en los autos que no figura en el cuasi-contrato* y que esto no es legal.

Al raciocinar de esta manera se pone en contradicción con sus propios actos y alegaciones:

A. Porque el escrito de contestación de la demanda, en que se opuso la excepción de obscuridad, es de fecha 24 de Agosto de 1893, y cuando el actor se conformó con la excepción, según expresa el capítulo I, fué en 1º de Febrero de 1895, lo que, según sus ideas, constituía *una nueva cuestión en los autos que no figura en el cuasi-contrato,* no obstante lo cual sostiene en las citas que hemos hecho en el anterior capítulo I que la sentencia debió admitir la excepción alegada.

B. Porque en su escrito de 18 de Junio de 1892 pro-

puso demanda sobre revelación del comunicado secreto y hasta en los informes de segunda instancia, según expresa el Considerando 4º de la sentencia, es decir, en Octubre de 1895, se desistió de esa acción y así lo declara la sentencia en la primera de sus resoluciones.

4º En el capítulo V se dan por reproducidos los capítulos anteriores, y por lo mismo el presente, y reclama como violado el mismo art. 605 por la causa de la frac. II del 711, reclamando á la vez el mismo artículo por los mismos conceptos é invocando las dos causas del 711, lo que hace la interposición ilegal.

5º Invoca en el presente caso la frac. I del 711, y ya hemos visto en el capítulo anterior, que la violación del 605 no se rige por la causa de la frac. I, sino por la frac. II del 711.

6º No es aplicable al caso la ley que se supone violada. Se queja el Sr. Amor de que la Tercera Sala admitió el desistimiento de los demandados respecto de la excepción de la obscuridad de la demanda; resulta de esto que la ley única que pudo ser infringida con esta resolución sería la que establece cuándo es procedente y cuándo no es procedente el desistimiento. Si el art. 605 previene que la sentencia sólo debe tratar de las acciones y excepciones objeto del juicio, ¿cómo pudo ser violado por la Sala al admitir el desistimiento? En otros términos: si este artículo no dice una sola palabra acerca de cuándo puede ser procedente el desistimiento y cuándo no lo es, ¿cómo puede ser violado por la Sala con el hecho de dar por desistidos á los demandados de la excepción? En un juicio seguido por D. Ignacio Ojeda contra Doña

Carlota del mismo apellido, esta última, después de contestar la demanda, hizo uso contra el actor de la reconvención, reconvención que abandonó después en el curso del juicio y de la que el demandante le consideró desistida. A pesar de este modo de pensar del Sr. Ojeda, la sentencia tuvo en cuenta la reconvención y entonces el mismo Sr. Ojeda interpuso el recurso de casación, fundándose para ello en que en la sentencia se había comprendido una acción que ya no era objeto del juicio á virtud del desistimiento, y citó como violado—lo mismo que lo ha hecho el Sr. Amor—el art. 605 del Código de Procedimientos.

Ven los Señores Magistrados que el caso no puede ser más igual, y vamos ahora á ver cómo lo resolvió la Sala, y cómo lo tiene que resolver en los presentes autos, si es consecuente con la sabia jurisprudencia que ha establecido en su ejecutoria. Dice así la ejecutoria que la Sala se sirvió pronunciar el 9 de Agosto de 1892: «Considerando 1º........ 2º Que *tampoco es aplicable el art. 605 que se cita como violado*, por haber comprendido la sentencia *excepciones no deducidas* en el juicio, que es á lo que se alega que equivale el abandono hecho por la Sra. Ojeda, de la que opuso sobre reconvención.... porque este artículo simplemente dice que la sentencia se ocupará de las acciones deducidas y de las excepciones opuestas, y basta que lo haya sido la reconvención para que la Sala sentenciadora hubiera cumplido con ese precepto, resolviendo que en su concepto debía de dejar á salvo respecto de ella los derechos del demandado. *La ley violada cuya alegación procedería sería, pues, la que mandara dar por desistida á la Sra. Ojeda*

en ese caso, y esa no aparece citada.»[1] No podía ser más parecido el caso de que habla esta sentencia al que ofrecen estos autos, y siguiendo el sistema adoptado por la Sala, podemos decir: que no debió el Sr. Amor citar como violado el art. 605, sino que debió reclamar la violación de la ley que se oponía y negaba ese desistimiento, y esta ley no aparece citada.

Los arts. 17, 21 y 23 del Código de Procedimientos Civiles son los que tienen relación con la renuncia de derechos, abandono de acción y obligación de seguirlas, que serían los aplicables según las circunstancias y que podrían ser infringidos en los casos en que se admitiera una renuncia que no fuera procedente.

Dispone el art. 17 del Código de Procedimientos, que «el que tiene una acción ó derecho puede renunciarlo, salvas las limitaciones establecidas por la ley.» Este artículo, como se ve, autoriza á las partes para desistirse lo mismo de las acciones que han intentado que de las excepciones que han alegado; pero expresa también, que hay casos en que la ley limita ese derecho y en los cuales de consiguiente, no es permitido á los litigantes desistirse.

Resulta de esto, que si fuera cierto que los demandados no pudieron desistirse de la excepción, sería porque se encontraron en alguna de las limitaciones establecidas por la ley, y entonces, si á pesar de esto la Sala los dió por desistidos, la ley violada sólo será aquella en que se estableciera la limitación. Y puede leerse todo el escrito del Sr. Amor, y en ninguno de sus capítulos, no obstante de que son cuarenta y uno,

1 An. de 1892, pág. 310.

se encuentra palabra alguna que indique que se recurre contra la ley que autoriza ó niega el desistimiento; en consecuencia, carece de jurisdicción este Tribunal de casación, de acuerdo con lo que dispone él art. 712 del Código de Procedimientos, para entrar á la apreciación de la procedencia y legalidad del desistimiento, que no ha sido reclamado ni forma parte del recurso.

CAPITULO III

Violación del art. 605 sobre congruencia.—Causa: incongruencia, frac. II, art. 711.

Funda su queja de esta manera: «La Sala, contra la petición del actor, declara que es improcedente la excepción de inepto libelo, alegada al contestar la demanda. No afectando al derecho público la cuestión relativa á la obscuridad de una demanda, el consentimiento de las partes tiene bastante fuerza para dar el triunfo á esa excepción, y para hacerla procedente. Pedido por ambas partes que la demanda fuere obscura, la Sala debió haberse limitado á consagrar con su autoridad el resultado del consentimiento mutuo. Al declarar improcedente la obscuridad pedida, violó el art. 605 del Código de Procedimientos Civiles vigente, que en su interpretación jurídica prohibe fallar sobre excepciones consentidas. La sentencia comprende, pues, una excepción que ya no era objeto legítimo del juicio.»

Este capítulo es enteramente igual en sus concep-

tos y fundamentos al capítulo I, sin más que dos diferencias: una que señala como causa la frac. II del art. 711, y siendo ésta la que rige la violación del art. 605, no tiene el séptimo de los defectos qué allí se han señalado.

La segunda diferencia consiste en que no reconoce como base la reclamación del art. 554; pero sí reconoce como base su consentimiento con la excepción, y por eso dice: «comprobando el consentimiento que dí para el triunfo de la excepción con la actuación judicial en que obra mi consentimiento, y con el art. 554 del mismo Código, que da plena fuerza probatoria á las actuaciones judiciales.» La queja viene en esta parte en supuesto de una manera más clara que en el capítulo I; porque se reconoce que la base de la queja es el consentimiento con la excepción, y ni la sentencia le consigna ni el recurrente reclama por esa omisión.

Tiene el capítulo III los mismos vicios, con excepción del séptimo, que hemos señalado en el capítulo I.

CAPITULO IV

Violación del art. 10 del Código Civil, sobre excepciones á reglas generales.—Violación del art. 939 del Código de Procedimientos, sobre facultad de proponer excepciones dilatorias al contestar la demanda.—Causa: violación de ley, frac. I, art. 711.

Violación de los arts. 10 del Código Civil y 939 del Código de Procedimientos.—Hé aquí como se fundan estas violaciones: «La Sala falló contra la petición del actor, relativa á que se declare obscura la

demanda, resolviendo que la excepción de obscuro libelo es improcedente cuando se alega al contestar la demanda. Estamos en juicio ordinario, según lo acreditan las actuaciones judiciales de los autos, que hacen prueba plena, según el art. 554 del Código de Procedimientos Civiles vigente. En juicio ordinario pueden alegarse excepciones dilatorias al contestar la demanda, según la regla general que fija el art. 939 del Código de Procedimientos Civiles vigente. El art. 10 del Código Civil, según su interpretación jurídica, prohibe admitir excepción alguna á regla general que no conste expresamente en una ley. La Sala al declarar que la excepción dilatoria no procede, ha admitido excepción á la regla del artículo citado, 939, sin que haya ley que establezca excepción.»

1º Necesita como base del concepto, establecer que «estamos en juicio ordinario» y este hecho sólo le determina con esta frase: «según lo acreditan las actuaciones judiciales de los autos,» y falta la precisión en la cita de la pieza de autos como ya se ha señalado en capítulos anteriores. No hay más diferencia, qué en los capítulos anteriores se refería sólo á *actuaciones judiciales* y aquí se refiere *á actuaciones judiciales de los autos.* ¿Las actuaciones judiciales de que hablan los capítulos anteriores, no serían las de los autos?

2º Otro defecto contiene este capítulo. ¿Por qué se tomó el trabajo el Sr. Amor de decir estamos en juicio ordinario, según lo acreditan las actuaciones judiciales, que hacen prueba plena, conforme á la regla que fija el art. 554 del Código de Procedimientos? Porque comprende que no pudiendo el Tribunal apreciar

sino sólo las cuestiones que son objeto del recurso y los fundamentos jurídicos que se invocan para sostenerlo,[1] resultaría que si no hacía constar que el juicio era ordinario y que si no invocaba el precepto del art. 554, no estaría apta la Sala para tener como cierto que el juicio era ordinario y su argumento quedaría deficiente. Pues quedó y mucho á pesar del cuidado que tomó respecto de ese punto, porque, en efecto ¿cómo pueden los Señores Magistrados tener por cierto que fué dilatoria la excepción alegada? Y, ó también con respecto á esta afirmación debió haber invocado el Sr. Amor las constancias de los autos, el texto del art. 554 y la disposición del Código, que da á la defensa de obscuridad el carácter de dilatoria, ó no debió haber hecho tales declaraciones respecto al juicio ordinario.

Mas no es sólo una inconsecuencia en que ha incurrido el Sr. Amor, sino que al incurrir en la mencionada omisión, dió motivo para que se declarase, sólo por este motivo, ilegalmente interpuesto el recurso, porque en efecto, si no hizo mérito de las constancias de los autos, ni expresa que el art. 554 da fuerza probatoria á las actuaciones judiciales, y si, por último, no citó al art. 28 del Código de Procedimientos, que es el que establece cuales son las excepciones dilatorias, entonces ni la Sala en esta parte puede tener por cierto que se alegó tal excepción, ni le es posible admitir que esta excepción sea dilatoria, ni por último, admitir como legalmente reclamada la violación del art. 939 del Código de Procedimientos, supuesto que, re-

1 Art. 712.

firiéndose el precepto de este artículo á las excepciones dilatorias, no podía tener por cierta la alegación de una excepción de parte de los demandados, ni menos reconocer determinada naturaleza á tal excepción.

3º En el capítulo 5º se hace referencia á éste como á los anteriores capítulos invocando la frac. II del art. 711, lo que constituye el vicio de alegar las dos y el de obscuridad.

4º De otro defecto de legal interposición adolece este capítulo 4º: en él se citan como violados los arts. 939 del Código de Procedimientos y el 10 del Código Civil, y no se expresa ni el hecho ni el concepto de la violación del primero, del 939.

Dispone este artículo que las excepciones dilatorias sólo pueden proponerse hasta tres días antes de el del vencimiento del término para contestar la demanda. En caso contrario, deberán alegarse en la contestación y entonces no producirán el efecto de suspender el curso del juicio, y en el párrafo siguiente es el único en que se ocupa el Sr. Amor de precisar el hecho y el concepto de la violación: «La Sala al declarar que la excepción dilatoria no procede, ha admitido excepción á la regla del citado art. 939, sin que haya la ley establecido la excepción.» Como se ve, sólo se indica un hecho violatorio, el de la admisión de una excepción no consagrada en la ley, es decir, el hecho con que se supone se desconoció el precepto del art. 10, que es el que prohibe tener en cuenta excepciones no establecidas, pero ningún hecho se presenta como violatorio del art. 939. Y esta omisión es importante, porque si no se recurre aptamente contra el art. 939, la Sala no puede tener en cuenta la disposi-

ción de este precepto, y entonces es improcedente la queja contra el art. 10, porque si la Sala no puede considerar el precepto que establece la regla general, tampoco puede declarar si hay ó no excepción, y si ésta la establece ó no la ley.

5º La ley sustantiva, la que fija las reglas para la resolución de los litigios, decisoria litis, no es la que determina la forma de la demanda, ni la que preceptúa tampoco que todos estos actos deben ser claros. Las leyes del proceso, las leyes del procedimiento, ordinatoria litis, son las que establecen semejantes prescripciones. Se desprende de ésto una consecuencia ineludible, la de que cuando una sentencia desecha una excepción de obscuridad de demanda, si esta excepción procede, ó cuando la admite si la demanda es clara, violaría con su declaración, no una ley de fondo, no una ley decisoria litis, sino una ley de procedimientos, una ley ordinaria litis. Otra cosa se deduce también sobre que en este supuesto se podría interponer la casación por el motivo que expresa la frac. II del art. 699 del Código de Procedimientos, es decir, por la violación de las leyes que establecen el procedimiento, pero no por la causa que consigna la frac. I del mismo artículo, es decir, violación de las leyes en cuanto al fondo.

La ley de procedimientos es la que determina la manera como debe hacerse el emplazamiento en los juicios, y cuál debe ser la forma de la demanda, supuesto que lo mismo se deja de emplazar con arreglo á la ley á quien no se le cita en forma, que al que no se da á conocer en términos claros y precisos lo que

de él se exige en la demanda, porque la demanda tampoco lo establece en términos claros y precisos.

De todo esto resulta que si la Tercera Sala, con el hecho de declarar la improcedencia de la excepción, violó alguna ley, la ley violada fué una ley de procedimientos, y entonces el Sr. Amor debió de haber alegado como motivo para el recurso, no la frac. I del art. 711 como lo hizo, sino la frac. II del art. 699, que, como hemos visto, se refiere á la violación de las leyes de procedimientos. No lo hizo, luego con esto basta para que se tenga que declarar ilegalmente interpuesto el recurso. Así entre otras muchas ejecutorias lo resuelve la pronunciada el 7 de Julio de 1893, en el juicio seguido por el Sr. Mora contra el Sr. Gargollo, y que dice: «Considerando: que habiéndose invocado para fundar el presente recurso la frac. I del art. 699 del Código de Procedimientos, dándose por causa la frac. I del art. 711 del mismo Código, esto es, se ha recurrido en casación por violación del fondo del negocio, y las que se alegan de falta de personalidad en el actor para ejercitar una acción, y de falta de jurisdicción, no serían en su caso violaciones del fondo sino violaciones de las leyes que establecen el procedimiento, según es de verse en el art. 714 en sus fracs. II y VII y es de jurisprudencia de esta Sala, establecida en repetidas ejecutorias, como es de verse entre otras en la de 18 de Octubre de 1888 y en las de 10 y 12 de Noviembre del mismo año, que es inepta la queja de casación cuando la causa invocada es la frac. I del art. 711 del Código citado y la violación ha sido la de las leyes de procedimientos.

Se declara: 1º El presente recurso no ha sido legalmente interpuesto."[1]

El caso no podría ser más análogo: si la queja á que se refiere la anterior ejecutoria estaba comprendida en las fracs. II y VII del art. 714, la que sirve de fundamento á este capítulo 4º lo está en la frac. I del mismo artículo. Por lo demás, aun cuando no estuviera comprendida esta queja en ninguna de las fracciones de este artículo, esto nada importaría, porque desde el momento en que nadie puede dudar que las leyes que establecen que las demandas deben ser claras no pueden ser sino leyes de procedimientos, si el hecho en que funda su queja en este capítulo el Sr. Amor no pudiera comprenderse en ninguna de las fracciones del citado art. 714, esto lo único que significaría sería que no ameritaba la interposición del recurso la violación que se alega; pues es notorio que en infinidad de casos esta respetable Sala ha declarado ilegalmente interpuesto el recurso, cuando las leyes que se invocan como violadas son leyes del procedimiento y no puede clasificarse el hecho violatorio en ninguna de las fracciones del repetido art. 714.

5º Basta leer el art. 10 para comprender que no es aplicable al caso: "Las leyes, dice, que establecen excepciones á las reglas generales, no son aplicables á caso alguno que no esté expresamente especificado en las mismas leyes."

Para que tuviera aplicación el art. 10 era necesario: 1º Que existiese una ley que estableciera una regla general: 2º Que existiese otra ley que establecie-

1 Anuario de 1893, pág. 299.

ra una excepción á esa regla general, como la de que la excepción de excusión no estaba comprendida en aquella regla; y 3o Que existiese una sentencia que extendiera la excepción referida á la de obscuridad.

Está llenado el primer requisito con la segunda parte del art. 939 que se cita; pero no está llenado el segundo, porque falta la ley X, ni tampoco el tercero porque falta la sentencia que amplíe la aplicación de la ley X.

CAPITULO V

Violación del art. 605 del Código de Procedimientos Civiles sobre congruencia.—Causa: Incongruencia, frac. II, art. 711.

El recurrente se expresa de esta manera: "La Sala, al infringir las leyes citadas en los capítulos anteriores, que doy por reproducidos aquí, y bajo los conceptos en ellos expresados, ha violado el art. 605 del Código de Procedimientos Civiles, por comprender en su sentencia la excepción de libelo inepto bajo el aspecto en que no ha sido objeto legítimo del juicio. Por el motivo de la frac. II del art. 711 del Código de Procedimientos Civiles, recurro contra la segunda resolución de la sentencia."

Verdaderamente, Señores Magistrados, que no sé ni qué pensar ni qué decir, ni qué tono convendría al examen de este capítulo V. Parece que el recurrente sólo se ha propuesto aglomerar capítulos sobre capítulos, para que, siquiera por mortificación, se le ad-

mita alguno de ellos; mas yo ruego á la Sala que considere cada capítulo como si fuera el único, y si así lo hace, no dudo que los desechará todos.

El de que ahora nos ocupamos tiene los vicios siguientes:

1º Ya he preguntado en capítulos anteriores si el presente era aplicable á todos ellos y á cada una de sus partes, y esta pregunta que afectaba á aquellos del vicio de obscuridad, afecta también al presente.

2º Si esa pregunta se contesta afirmativamente, resulta una verdadera monstruosidad jurídica en el recurso de çasación.

Resulta entonces, que, en concepto del recurrente, porque se ha violado el art. 554 que concede prueba plena á las actuaciones judiciales, capítulos I y II, se ha violado el art. 605. Que porque se ha violado el art. 605 por la causa de la frac. I del art. 711, capítulos I y II, se ha violado el mismo art. 605 por la causa de la frac. II del art. 711. Que porque se ha violado el art. 605 por la causa de la frac. II del art. 711, capítulo III, se ha violado el mismo artículo 605 por la misma causa de la frac. II del art. 711. Que porque se violan los arts. 10 del Código Civil y 939 del de Procedimientos, capítulo IV, se ha violado el art. 605.

Puede ser que el recurrente pueda meter todas las infracciones que alegó en los cuatro primeros capítulos, y bajo los mismos conceptos allí expresados, como motivos de violación del art. 605; pero yo me declaro inhábil para ejecutar semejante proeza.

Por la impotencia señalada no puedo seguir adelante en el examen de este capítulo, y pues que se di-

ce que se repiten los anteriores, me refiero á lo que sobre ellos he dicho, haciendo observar que, porque una cosa se haga mal dos veces, no queda mejor sino peor, que si se hiciera mal una sola vez.

CAPITULO VI

Violación del art. 1,276 del Código Civil, según el que, los contratos obligan á su cumplimiento.—Violación del art. 1,419 del Código Civil, según el cual los contratos deben ser fielmente cumplidos.—Violación del art. 1,323 del Código Civil, conforme al cual para la validez de los contratos no se necesitan más formalidades externas que las que expresamente exija la ley.—Causa: violación de ley, frac. I, art. 711.

Exigía la naturaleza del recurso de casación y exige el simple buen sentido, que se fundara separadamente la violación de cada uno de los artículos citados; pero al recurrente le parece mejor hacerlo en globo y lo verifica en estos términos: «La Sala, al no dar efecto alguno á la excepción consentida de obscuro libelo, violó los arts. 1,276, 1,419 y 1,323 del Código Civil vigente. Los dos primeros artículos dicen que los contratos obligan al cumplimiento de lo pactado, y que serán cumplidos. El tercero proclama que los contratos no son solemnes. El cuasi-contrato, cuya fuerza obligatoria se rige por la ley de los contratos, celebrado por los litigantes en virtud de mi consentimiento para que la petición de los reos, implícita en la excepción dilatoria, fuera consagrada por la sentencia; ese cuasi-contrato que obliga á ambos

litigantes registra el acuerdo común para que la excepción triunfe. Ese pacto se celebró en actuaciones judiciales, que tienen plena fuerza obligatoria según el art. 554 del Código de Procedimientos Civiles. No existe ley que fije otra forma para el contrato que se celebra durante el juicio. En consecuencia, existió un acuerdo mutuo sobre obscuridad en la demanda; ese acuerdo revistió la forma legal, y tal convención es la ley suprema para las partes. La Sala, al no admitir la obscuridad de la demanda, se ha puesto en contradicción con el pacto de los litigantes, ha violado la ley del contrato, ha infringido los arts. 1,276, 1,419 y 1323 del Código Civil vigente. Bajo los conceptos expresados, recurro contra la segunda resolución de la sentencia por el motivo que expresa la frac. I del art. 711 del Código de Procedimientos Civiles vigente.»

1º De esta englobación resulta que afirma el recurrente que los arts. 1,276 y 1,419, *dicen que los contratos obligan al cumplimiento de lo pactado y que serán cumplidos*, y resultan dos falsos supuestos: el uno porque el art. 1,276 no dice que los contratos serán cumplidos: el otro, porque el 1,419 no dice que los contratos obligan á su cumplimiento. El primero es el que dice lo último y el último es el que dice lo primero, y al confundirlos resulta el concepto obscuro y que se hacen dos falsos supuestos.

2º La base en que hace descansar la violación es el pacto que dice se celebró en actuaciones judiciales sin determinar cuál, y por lo mismo falta el requisito de precisión.

3º Ese pacto no le consigna la sentencia, ni reclama

contra ella por ese capítulo, con lo que la reclamación viene en supuesto.

4º Lo que asienta en este capítulo está en contradicción con lo que alega en los capítulos I y III, pues aquí dice que debió consagrar en la sentencia la excepción de obscuridad, mientras que en el capítulo I sostiene que en el caso estaba prohibido á los jueces resolver sobre el fondo de la excepción, y en el capítulo III *que la sentencia comprende una excepción que ya no era objeto legítimo del juicio.*

5º Hace supuesto de la cuestión, porque supone que en la contestación de la demanda sólo se alegó la excepción de defecto legal. Aplicando al cuasi-contrato del juicio las reglas de los contratos, tendríamos que la demanda constituiría la proposición: la contestación negando aquella y oponiendo excepciones, sería la no admisión de la propuesta y hacer otra proposición distinta: no hay contrato, sino cuando se acepta la propuesta íntegra; luego para que hubiera contrato necesitaba haber aceptado la contestación en todas sus partes.

6º Los supuestos en que se funda no son exactos.

Dispone el art. 1,276, que los contratos legalmente celebrados obligan á su cumplimiento; el 1,419, que los contratos que se encuentran en esas condiciones, deben ser puntualmente cumplidos, y por último, el art. 1,323, que por regla general los contratos no están sujetos á formalidades externas. Todos estos preceptos, en efecto, admiten como quiere el Sr. Amor, que la base principal de que depende la validez y la eficacia de los contratos consiste en el consentimiento de los que los celebran y que este consentimiento bas-

ta en términos generales para hacerla obligatoria. ¿Mas cómo debe expresarse este consentimiento de acuerdo con el mismo Código, para que produzca sus efectos? O en otros términos, ¿cuándo se puede decir que este consentimiento se expresa de manera que el contrato se entienda legalmente celebrado? El mismo Código da las reglas, y vamos á estudiarlas muy brevemente. Supone este Código dos situaciones diversas: ó las dos partes contratantes se encuentran presentes en el acto de contratar y una comunica su intención á la otra y ésta la escucha, de manera de poder desde luego formar su resolución, y la acepta; ó no están presentes en el acto de contratar las dos partes, y entonces se hace la propuesta que después llega al conocimiento de la otra: para cada una de estas dos situaciones la ley ha establecido reglas diferentes. Yo no quiero discutir en cuál de las dos se encuentra el Sr. Amor, le doy el derecho de ponerse en la que mejor le convenga, y no haré sino invocar el texto expreso de la ley para cualquiera de esas dos situaciones.

Supone el Sr. Amor que el pacto que medió entre los dos litigantes quedó formado con la alegación de parte de mis patrocinados de la excepción de obscuridad, que vendrá á ser la propuesta, y con la conformidad con la excepción, que vendrá á ser la aceptación. Veamos ahora lo que dispone la ley: [1] «Si los contratantes estuvieren presentes, la aceptación se hará en el mismo acto de la propuesta.» De acuerdo con este artículo, si el Sr. Amor se coloca en el primero de los

1 Art. 1,289.

casos que he expuesto, es decir, si sostiene que las dos partes estaban presentes al celebrarse el contrato, éste sólo habría quedado legalmente formado, según lo que dispone el art. 1,289, «si los contratantes estuviesen presentes, la aceptación se haría en el mismo acto de la propuesta.» De acuerdo con este artículo, si el Sr. Amor se sitúa en el primero de los casos que he expuesto, es decir, si sostiene que estaban las dos partes presentes al celebrarse el contrato, éste sólo habría quedado legalmente formado, si la aceptación de la excepción se hubiera hecho desde luego por el Sr. Amor; los autos demuestran que cuando mis patrocinados opusieron la excepción, ninguna señal de asentimiento dió el Sr. Amor; luego el contrato no quedó legalmente celebrado.

Veamos ahora el otro caso:[1] «Si los contratantes no estuvieron presentes, la aceptación se hará dentro del plazo fijado por el proponente.» Mis patrocinados al alegar la excepción, no señalaron el plazo dentro del cual el Sr. Amor debía de aceptar su propuesta, así es que no nos hallamos dentro de la disposición de este artículo, y tenemos que recurrir al artículo siguiente,[2] que dice: «Cuando no se haya fijado plazo, se considerará no aceptada la propuesta, si la otra parte no respondiere dentro de tres días, además del tiempo necesario para la ida y vuelta regular del Correo público.» Conforme, pues, á este precepto, para que el pacto se pudiera considerar legalmente celebrado, debió el Sr. Amor haber manifestado su conformidad con la excepción, tres días después de que

1 Art. 1,290.
2 Art. 1,291.

tuvo conocimiento de ella: los autos justifican que no sólo pasaron esos tres días sino muchos meses; luego no quedó celebrado pacto alguno con arreglo á la ley, y de consiguiente, al decir el Sr. Amor que la sentencia viola los arts. 1,276, 1,419 y 1,323 del Código Civil, que disponen que los contratos legalmente celebrados, deben ser puntualmente cumplidos, no sólo funda su queja en un supuesto, sino que la funda en un supuesto inexacto, toda vez que, como hemos visto, con arreglo al texto expreso de la ley, aun cuando hubiere habido preliminares de pacto entre los litigantes, con motivo de la excepción, este pacto no quedó legalmente celebrado.

CAPITULO VII

Violación del art. 1,419 del Código Civil: los contratos no pueden revocarse ni alterarse sino por mutuo consentimiento de las partes.—Causa: violación de ley, frac. I, art. 711.

Fundamento: «La Sala, al declarar desistidos á los reos de la excepción dilatoria, ha violado el art. 1,419 del Código Civil, que dice que los contratos legalmente celebrados no podrán revocarse ni alterarse sino por mutuo consentimiento de las partes. Ambas partes *consintieron* en que la demanda fuera declarada obscura, según consta de las actuaciones de este juicio, y del art. 554 del Código de Procedimientos Civiles. Al dar la Sala efectos al desistimiento de los reos, consagró que estos pueden sustituir su nueva voluntad, relativa á que no se declare obscura la de-

manda, al pacto doce días antes celebrado, que dice: *se declara obscura;* y esta sustitución la admite como legal la Sala, en virtud de la voluntad de una sola de las partes.»

1º No determina la actuación judicial que contenga el pacto, por lo que falta precisión.

2º Hace supuesto de que existe un contrato que no reconoce la sentencia, que no la reclama por esto, y que no presentará actuación judicial alguna que demuestre su existencia.

3º Reconoce por base las reclamaciones del capítulo anterior, y como en él no recurrió aptamente, viene en supuesto.

4º Los artículos en que los señores mis patrocinados se fundaron para desistirse de la excepción y á los que la Sala dió aplicación en su sentencia, son los arts. 17, 21 y 23 del Código de Procedimientos Civiles.

Resulta de esto entonces que al invocar el Sr. Amor como violado en tal resolución, el art. 1,419 del Código Civil, incurrió en el defecto de ilegal interposición de fundar el recurso en la infracción de leyes inaplicables.

En los autos del juicio seguido por el Sr. Breaud contra Olivier y Comp., el recurso de casación se fundó en la violación del art. 1,535 del antiguo Código Civil, que es textualmente el mismo que el 1,419 del actual, y esta Primera Sala, en su ejecutoria de 20 de Mayo de 1893, declaró que el recurso había sido ilegalmente interpuesto, expresando para ello el siguiente fundamento: «La cita del art. 1,535 del Código Civil que previene que los contratos legalmente celebrados se cumplan, no es bastante cuando no se tra-

ta de los inominados, y el concepto á que él se refiere resulta necesariamente vago, porque no puede saberse cómo dejó de cumplirse el contrato, mientras no se demuestre que era el contrato especial de mutuo, del que especialmente se han ocupado los arts. 2,785 y siguientes, que para nada menciona el recurrente.»[1]

La enseñanza que establece esta ejecutoria no puede ser más conforme á la ley: si se trata de relaciones que no tienen leyes especiales, se puede fundar el recurso de casación invocando como violados los artículos del Código Civil, que en general establecen que los contratos legalmente celebrados deben ser puntualmente cumplidos, y no pueden revocarse ni alterarse sino por mutuo consentimiento de las partes; si por el contrario se trata de relaciones y de actos que la ley ha estudiado de una manera especial, sólo puede interponerse válidamente el recurso citando como violadas estas leyes y reglas especiales. Como se comprende basta esta teoría y esta doctrina, sabiamente establecida por esta Primera Sala, para que se tenga que declarar ilegalmente interpuesto el recurso de casación en lo que á este 7º capítulo se refiere. En efecto, desde el momento en que se trata del desistimiento de una excepción y de que el Código de Procedimientos Civiles fija las reglas que rigen al desistimiento, el Sr. Amor debió, para interponer válidamente el recurso, reclamar la violación de estas reglas especiales y no las generales, que contienen lo mismo el art. 1,419 que los arts. 1,276 y 1,323 del Código Civil.

1 **Anuario de 1893, pág. 246.**

CAPITULO VIII

Violación del art. 26 del Código de Procedimientos: son excepciones todas las defensas que puede emplear el reo para impedir el curso de la acción ó para destruir ésta.—Violación del art. 27: en el primer caso—del artículo anterior—las excepciones se llaman dilatorias, y en el segundo perentorias.—Causa: violación de ley, frac. I, art. 711.

Fundamento: "La Sala declara que no proceden las acciones y que proceden las excepciones. Para llegar á estas conclusiones ha necesitado eliminar el *pacto de los litigantes sobre la obscuridad de la demanda*. Si como era de su deber, hubiera declarado que la demanda es obscura, no habría examinado ni las acciones ni las excepciones, por prohibirlo los arts. 26 y 27 del Código de Procedimientos Civiles, *que combinados dicen* que las excepciones dilatorias suspenden el curso de la acción. Suspendido el curso de la acción, no se le puede poner término fallando sobre ella, ó sobre las defensas. Dando aquí por reproducidas las violaciones y conceptos que dejo consignados en los anteriores capítulos, recurro contra las resoluciones 3ª, 4ª y 5ª de la sentencia, por violación de los arts. 26 y 27 del Código de Procedimientos Civiles, y por el motivo de la frac. I del art. 711 del mismo Código."

1º Descansa el argumento en el *pacto de los litigantes sobre la obscuridad de la demanda*, y como ese pacto pudo variar al infinito sobre el mismo tema,

porque lo mismo pudo ser sobre que los litigantes convenían en que la demanda era obscura, que sobre que convenían en que no era obscura sino perfectamente clara, resulta el concepto perfectamente obscuro y falto de precisión.

2º Hace supuesto de ese pacto sin citar actuación judicial, ni menos determinarla, sin citar el art. 554, ni menos reclamar la sentencia por su violación.

3º Dice el recurrente: «Si como era de su deber, hubiera declarado que la demanda es obscura, no habría examinado ni las acciones ni las excepciones.» Y yo pregunto: ¿declarar que una demanda es obscura, cuando el demandado utiliza esta defensa, no es examinar y resolver sobre una excepción? Luego el concepto no solamente es obscuro sino que es contradictorio é implicante en sus términos.

4º Asienta que los arts. 26 y 27, *combinados, dicen que las excepciones dilatorias suspenden el curso de la acción.* ¿De qué manera se pueden combinar para que digan lo que pretende el quejoso? Reconozco que la conbinación sería fácil y sencilla, y que probablemente sería ésta: «las excepciones dilatorias, según el art. 27, están comprendidas en el primer caso del art. 26, y según este primer caso del art. 26, son las defensas que puede emplear el reo para impedir el curso de la acción.» Todo esto está perfectamente, pero el quejoso no puede dejar esas combinaciones, fáciles ó difíciles, para que las haga el adversario ó el Tribunal de casación, sino que tiene que traérnoslas ya hechas, y por no haberlo verificado así falta claridad y falta el concepto.

5º Para completar su concepto, necesitábamos

tener una excepción dilatoria que no la tenemos, legalmente hablando; pues el recurrente habla de una excepción de *obscuridad*, pero no dice siquiera y menos demuestra que esa excepción sea dilatoria.

6º Dice: «Si como era de su deber, hubiera declarado que la demanda es obscura;» lo que está en contradicción con sus alegaciones en los capítulos I y III, donde sostuvo que la Sala no debió de ocuparse de esta excepción.

7º Concluye: "Dando aquí por reproducidas las violaciones y conceptos que dejo consignados en los anteriores capítulos, recurro contra las resoluciones 3ª, 4ª y 5ª de la sentencia, por violación de los arts. 26 y 27 del Código de Procedimientos Civiles, y por el motivo de la frac. 1ª del art. 711 del mismo Código." Yo no sé cómo todas las quejas y todos los conceptos de los siete primeros capítulos pueden determinar la violación de los arts. 26 y 27.

No comprendo cómo, porque la Sala se haya ocupado indebidamante de la excepción de obscuridad, según dicen los capítulos I y III, haya sido motivo de la violación de los arts. 26 y 27, y no sigo revisando todos los capítulos por no fatigar tan enormemente la atención de la Sala; pero no les hallo relación alguna, lo que no sólo hace obscuro é incomprensible este capítulo sino que con esta alegación hace más obscuros é incomprensibles que lo que ya lo eran los capítulos que preceden.

8º En el presente capítulo se asigna como causa la frac. I del art. 711 y en el capítulo siguiente se asigna como causa de infracción de los mismos arts. 26 y 27 la frac. II, lo que hace ilegal la interposición.

9º Al recurrir contra las resoluciones 3ª, 4ª y 5ª de la sentencia, parte de la base de haber recurrido aptamente contra la resolución 2ª, y como esto no es exacto, según se ha demostrado, la queja viene en supuesto por este nuevo motivo.

CAPITULO IX

Violación del art. 26 del Código de Procedimientos.—Violación del art. 27 del mismo.—Violación del art. 939 del mismo: las excepciones dilatorias se opondrán á los tres días ó al contestar la demanda.—Violación del art. 605: congruencia.—Causa: incongruencia, frac. II, art. 711.

Fundamento: «Resolviendo la Sala sobre acciones y excepciones perentorias, cuando debió limitarse á consagrar el convenio de los litigantes, relativo á la obscuridad de la demanda, se ocupó de acciones y excepciones que no eran objeto legítimo del juicio, supuesto que la interpretación de los arts. *26 y 27 en combinación con el 939,* todos del Código de Procedimientos Civiles, funda la conclusión de que la excepción dilatoria, cuando triunfa, impide el examen de acciones y excepciones. La Sala, á pesar de estar legalmente impedida para examinar las acciones y excepciones, falla sobre unas y otras violando el art. 605, cuya interpretación es que la sentencia no debe ocuparse más que de las excepciones que sean legítimas. Esta violación de los arts. 26, 27, 939 y 605 del Código de Procedimientos Civiles vigente, funda la casación contra las resoluciones 3ª, 4ª y 5ª

de la sentencia por el motivo de la frac. II del art.711.»

1º No dice de qué manera se han de combinar los arts. 26, 27 y 939 para fundar la conclusión que asienta, y esto basta para que no haya claridad ni precisión.

2º Explica la violación del art. 605, y agrega: *esta violación de los arts. 26, 27, 939* y *605*, cuando no ha dicho una sola palabra sobre violación de los tres primeros, con lo que resulta obscuro y falta el concepto, por lo que á aquellos tres se refiere.

3º Los hechos que se señalan y los conceptos que se invocan, son análogos á los que adujo sobre el capítulo anterior, y por las mismas razones allí expuestas, ha incurrido en los vicios marcados con los números 1º, 2º, 5º, 6º, 8º y 9º.

CAPITULOS I A IX

Sobre las observaciones especiales que se han hecho á cada uno de los capítulos que preceden, ocurren diversas observaciones generales, que abarcan á los nueve capítulos, y que bastan por sí solas para que no sean estimados y para que se declare que el recurso, por lo que á estos capítulos se refiere, no ha sido legalmente interpuesto.

El recurrente no ha tomado en consideración lo que establece la sentencia de primera instancia en orden á la excepción de obscuro é inepto libelo, que es la materia de los nueve primeros capítulos. Dice así: «Considerando 1º: Que la cuestión que el orden lógico reclama examine el Juzgado antes de toda otra, es la concer-

niente á si los demandados han usado de un derecho legítimo al renunciar la excepción de *inepto libelo ó defecto legal en la forma de proponer la demanda,* á que se acogieron con otras varias al contestarla y negarla; y en este punto parece claro al Juzgado que así como el que ejercita una acción es dueño de desistirse de ella en el momento y ocasión que mejor le plazcan, [1] así también á un demandado, que en la excepción es actor *reus in exceptione actor est,* [2] le es lícito renunciar ó prescindir de cualquier excepción por él interpuesta, sin más limitación que la que pesa sobre la facultad de los demandantes que abandonan la acción por ellos deducida, es decir, que ese abandono ó renuncia será á su perjuicio, el cual implica que ya no se puede tomar en consideración por la autoridad judicial en ningún modo la acción ó excepción abandonadas; y esta teoría elemental, de palmaria evidencia, no se destruye con la reflexión de que al proponerse la excepción dilatoria se operó un cuasi-contrato entre actor y reo, acogiéndose al que, y reputando procedente la excepción dilatoria, se descuidó robustecer el derecho aducido, en la confianza de que el fallo judicial no podía tocarlo en su esencia, protegido por una excepción que aplazando la cuestión en su fondo, lo dejaba íntegro; porque de admitirse lo últimamente asentado, se autorizarían extremos que la moral repugna y la ley condena, y serían, el convertir la violación de un deber del demandante, el de formular su demanda en términos claros, precisos, con enumeración de los hechos y señalamiento de la ley en que la

1 Art. 23 del Código de Procedimientos Civiles.
2 Art. 354 del Código de Procedimientos Civiles.

funda, especificación de lo que pide, la acción que usa y la persona contra quien la propone,[1] en fuente de derechos que no es posible se reconozcan como tales, y en convertir el procedimiento judicial, que debe estar animado de la lealtad y corrección en él impresas por la ley, en torpe celada, apta para descubrir la posición del adversario y sus medios de defensa, ocultos para el que deseando atacarlo no cuenta con los elementos que debe contar forzosamente al iniciar un juicio, el que la ley no consiente se intente si no se tiene la seguridad de probar la demanda, bajo la pena de perder el litigio.[2] Y lo expuesto es tanto más ajustado á la ley, cuanto que, si ésta prohibe el alterar la demanda ó contestación en el sentido de sustituir, modificar ó aumentar las acciones deducidas ó las excepciones opuestas después de contestar la demanda,[3] no se encuentra en ninguna parte de la ley vigente precepto alguno que prescriba el que tanto el actor como el reo en cualquier estado del juicio, reduzcan el campo de su acción ó defensa como á bien lo tengan, renunciando ó apartándose de determinadas acciones ó defensas de que en un principio se valieron; por lo que hay que concluir, que, tanto actor como reo están en libertad de reducir sus pretensiones y defensas en cualquier período del litigio.»

Agrega el mismo Juez que tiene necesidad de examinar lo que en la demanda se pide «la cual para el Juzgado ha sido, y desde un principio, clara y correctamente formulada, pues si por tal no la hubiese te-

1 Art. 923 del Código de Procedimientos Civiles.
2 Art. 924 del Código de Procedimientos Civiles.
3 Art. 605 del Código de Procedimientos Civiles.

nido, la habría repulsado de oficio acatando el art. 926 del Código de Procedimientos Civiles, y que en concepto de los demandados hay que admitir que asimismo ha sido clara y bien formada, puesto que su renuncia de la excepción de *inepto libelo* entraña, sin género alguno de duda, la confesión de que han entendido bien la demanda en todas y cada una de sus partes.» Según el Juez y la recta razón, debió citarse como infringido el art. 23 del Código de Procedimientos Civiles, que da facultad al actor para desistirse de su acción, á quien el juez equipara al demandado en las excepciones, con justísima razón y fundamento del art. 354, que se debió también citar en el recurso.

Establece el Juez inferior que no puede celebrarse el contrato de que al demandado no le sea lícito desistirse de la excepción de obscuridad, porque semejante contrato sería contrario á la moral, y no se ha reclamado en el recurso contra este concepto.

Establece el Juez que el art. 605 lo que prohibe es aumentar las acciones ó las excepciones, pero no disminuirlas, lo cual está en absoluta libertad de los litigantes, sin ley alguna que se los prohiba. Este concepto es una verdad manifiesta y este concepto no está tampoco impugnado en el recurso.

Dice el señor Juez que la demanda ha sido desde un principio "*clara y correctamente formulada*, pues si por tal no la hubiese tenido, la habría repulsado de oficio acatando el art. 926 del Código de Procedimientos Civiles." El recurrente no ha sostenido lo contrario del concepto anteriormente expresado por el señor Juez.

La sentencia de que se trata no debe considerar-

se como definitiva por lo que se relaciona con la excepción de inepto libelo de que se ocupan los nueve primeros capítulos.

Los recursos no se conceden por razón de la forma en que las cuestiones se ventilan sino por la materia, por llamarle así, controvertida. El actor se empeña en sostener que porque la excepción de obscuridad haya sido propuesta al contestar la demanda, no pierde su carácter de dilatoria y que las dilatorias opuestas en el caso del art. 939 del Código de Procedimientos Civiles, producen el mismo efecto que si hubieran sido opuestas en el caso del art. 937, formando sobre ellas el artículo previo.

¿Qué acontecería si sobre esta excepción se hubiera formado el artículo previo? Acontecería que, sea que hubiera sido admitida ó que hubiera sido desechada, ó hubiera declarado desistido al demandado, contra esa resolución no cabría el recurso de casación. Luego no cabe respecto de este punto el recurso entablado.

Apoya esta teoría la siguiente doctrina de Ed. Fuzier Herman:[1] «Jugé specialement, en ce sens, que le pourvoi dirigé contre un jugement contenant deux dispositions dont l'une est susceptible d'appel et l'autre en dernier ressort, est non-recevable quant á la première, qui aurait du être l'objet d'un appel, et n'est admisible que relativement á la seconde.»

Para asentar esta doctrina cita la sentencia de la Corte de Francia de Noviembre 22 de 1831, según la que[2] el Tribunal de Comercio condenó al pago de una

1 Repertoire du droit français, t. 9, v. «Cas. Mat. civ.,» núm. 673.
2 Col. Sirey, tomo de 1832, t. 22.

cantidad y al empleo de la *contraint par corps:* se interpuso casación alegando incompetencia y la improcedencia de la *contraint par corps:* la Corte declaró no admisible el recurso por el primer motivo, en virtud de que era susceptible de apelación y no se apeló, y casó la sentencia en cuanto al segundo motivo.

No tiene interés en el sentir de la ley para la reclamación de que se trata. Dice el art. 26: «Se llaman excepciones todas las defensas que puede emplear *el reo* para impedir el curso de la acción ó para destruir ésta.»

Las excepciones constituyen el derecho del reo, no el derecho del actor á quien no se le puede perjudicar porque se deje de utilizar una defensa contra él.

Arguye que aceptada la excepción dilatoria, tenía derecho á proponer la demanda de nuevo. El demandado por reconvención tiene derecho de que se termine la cuestión suscitada, y dijo esta Sala, según resumen de la sentencia de Noviembre 29 de 1886:[1] «El hecho de que deje de fallarse sobre reconvención, sólo perjudica al que la formuló y no al actor.»

Aunque no lo dijera la ley, bastaría la moral para desechar estos nueve capítulos.

Lo que el recurrente alega á este respecto es su propia falta, su propia culpa, y podemos decir su dolo manifiesto y reconocido, al sostener que pudo vejar como vejó á los demandados en todo el curso del juicio en primera instancia, que pudo ofenderlos de la manera grave que los ofendió en su informe, para

1 Anuario, pág. 348.

decir después: me he burlado de vosotros y de la justicia y volvamos á empezar de nuevo.

No temo yo que sea esta Sala la que consagre que la propia falta y el dolo propio pueden ser fuentes de derecho.

La sentencia de primera instancia ha desestimado esta excepción y el actor no ha reclamado.

¿Qué ha hecho á este respecto la parte actora?

Informa durante varios días en primera instancia discutiendo todas las cuestiones que en este pleito se ventilan y que ocupan 252 páginas de su Informe impreso, y dedica las ocho últimas páginas á ocuparse de la excepción dilatoria, concluyendo por manifestarse conforme con ella y pedir que se declarase admitida. Llega mi turno de hacer uso de la palabra y analizo, examino y discuto todas las cuestiones debatidas, y retiro la excepción de obscuro é inepto libelo.

Vuelve á hacer uso de la palabra el actor, y no tuvo una sola para impugnar el acto ejecutado por mí de retirar la excepción, no se opone ni objeta en manera alguna y concluye los siete días de informe, todos sobre las cuestiones debatidas, sin volver á decir una palabra sobre la excepción de obscuro libelo, asentando en la última audiencia conclusiones con el carácter de subsidiarias, en las que pide la condenación de los herederos de D. Antonio Escandón.

En los apuntes de réplica que dejó en primera instancia, no hay una palabra de oposición á la retirada de la excepción, y esos apuntes terminan de esta manera: «Pongo punto final á las objeciones del fondo que he examinado, sólo bajo el carácter de subsidiarias.»

Publica su réplica bajo el rubro de «Dúplica en pri-

mera instancia,» y no hay una palabra para impugnar la retirada de la excepción, sino que discute las cuestiones de fondo, establece veinticinco conclusiones y agrega:[1] «Estas conclusiones, señor Juez, establecen de una manera incontrovertible que el Ferrocarril y la concesión eran de D. Manuel Escandón. Y hoy la conciencia serena é ilustrada mantiene como ciertas las conclusiones de la sucesión Amor. Bajo el carácter de subsidiarias, solicito su adopción en el acta. He terminado, señor Juez. Vuestro fallo va á decidir *de qué lado está el derecho.*»

Vino la sentencia de primera instancia que asentó que los demandados habían estado en su perfecto derecho para desistirse de la excepción de que se trata, la que, además, no era procedente.

En el informe de segunda instancia no dijo una palabra respecto de la excepción, pero en sus apuntes hizo alguna alusión á ella. No usó ya de la frase cabalística empleada en primera instancia, de *conclusiones subsidiarias*, sino que se limita á decir: "El Juez niega todo efecto á la conformidad del actor para el triunfo de la excepción dilatoria, sin tener en cuenta el carácter de conformidad entre los litigantes, la incompetencia del Juez y los derechos dados al actor y al reo."

En el Folleto que publicó relativo á su informe, vuelve á hablar[2] de conclusiones subsidiarias, pero ni lo que el Folleto reza lo dijo en su informe, ni aun en el folleto dice que se reclama la subsanación de la falta, ni expresa cuál es su conclusión principal, em-

1 Pág. 90.
2 Pág. 252.

pezando y concluyendo con la petición de que *se revoque en todas sus partes la sentencia apelada.*

Esto es lo que el actor ha dicho con referencia al desistimiento de la excepción de obscuro é inepto libelo. Si los Señores Magistrados hubiesen sido jueces de primera instancia ó jueces de apelación, ¿habrían visto en alguna de esas palabras ó en todas ellas juntas, algo semejante á una reclamación contra el desistimiento? Sin duda que no.

Y aquí es el caso de recordar todo lo que el recurrente nos dice con motivo de los libros y de nuestra resistencia á facilitar pruebas, encomiándose á sí mismo, porque dice que pretende que la luz se derrame por todas las páginas de este proceso, y sobre todos los ámbitos del mundo. Y cuando llegamos al punto de prueba en cosas tan delicadas como la lealtad del combate, entonces oculta su pensamiento entre sombras ó lo envuelve en enigmas más indescifrables que el de la Esfinge de Tesalia.

Vamos á ver, Señores Magistrados, si esas palabras importan la reclamación que requiere la ley según enseña la doctrina. Y aunque fueran bastantes como reclamación, el recurso no estaría bien interpuesto por estos nueve capítulos; porque en el escrito de queja no se dice que se haya reclamado la violación. Es de la naturaleza de la casación el no descender al examen del proceso, ni siquiera al estudio profundo del derecho, y por eso se requiere como requisito indispensable, que se cite la ley infringida y que se exprese el concepto bajo el cual se infringió. Por eso exige[1] que

1 Art. 720.

se precise el hecho en que consiste la infracción, y el hecho no se puede considerar como precisado, sino cuando se expresan todas las circunstancias mediante las cuales ese hecho es bastante para romper la sentencia.

Me parece que se puede establecer esta regla general: Siempre que dando por cierto y existente todo lo que exprese el escrito en que se introduce el recurso de casación, no baste esto para romper la sentencia recurrida, el recurso debe considerarse malamente interpuesto.

Si esto es así, es fuera de duda que no basta que fuera cierto que los demandados no hubieran podido desistirse de la excepción, que ésta debiera haber sido consagrada por la sentencia y que ella impedía el examen de la acción y de las demás excepciones. Era preciso además que se hubiera reclamado la violación, al menos en segunda instancia,[1] y como el recurso no dice que se hubiera reclamado, el Tribunal de casación no tiene derecho de entrar á examinar si se reclamó ó no. Si en esta forma puede considerarse mi aseveración como aventurada, me parece enteramente correcta en esta otra: La sentencia recurrida no dice que se haya reclamado en primera ó segunda instancia por este motivo: el recurrente no reclama la sentencia por esta omisión; luego, según la doctrina de Crépon que he citado en el capítulo I, no podemos averiguar sí se reclamó ó no.

Veamos si las frases que se han copiado pueden considerarse como suficientes en el caso de que el escrito de queja hubiera dicho que se había reclamado.

1 Arts. 70, 703 y 704.

Camile Scheyven [1] dice: «Si l'instruction faite en appel est conforme à la lois, et que, de plus, la partie ne se soit en rien prevalu des irregularités comises en première instance, aucun intérêt n'est lésé, et le controle de la cour de cassation ne saurait plus se justifier.»—«Il a même, dice más adelante, [2] été decidé que la cour d'appel ne doit pas rencontrer des moyens non preséntés devant elle, quoique ennoncés dans l'acte d'appel.» Las palabras copiadas, aun cuando se hubieran pronunciado, sólo constituirían un medio enunciado, no un medio presentado, es decir, utilizado.

La Cámara de Requêtes, en sentencia de 2 de Diciembre de 1872,[3] dice: «Qu'a supposer que les premiers juges aient fait erreur en ce qui concerne la livraison de mars, le demandeur aurait à s'imputer de n'avoir pas signalé cette erreur à l'attention de la Cour de Paris, et de n'avoir pas demandé par des conclusions subsidiares, l'infirmation sur ce chef du jugement de première instance.» Dice esta sentencia, según interpretación de Ed. Fouzier-Herman,[4] que para que haya lugar á la casación «no basta que el apelante se haya contentado con concluir con la revocación de la decisión, sin señalar á la atención de los jueces de apelación el error existente, y sin pedir al menos la revocación por este capítulo especial, por conclusiones subsidiarias.»

La sentencia de la Chambre de Requêtes, de 14 de Diciembre de 1886, bajo la presidencia de Bedarride,

1 Traité pratique des pourv. en cas., capítulo II—núm. 83.
2 Núm. 116.
3 Colec. Sirey, t. de 1874, 1,200.
4 Repertoire Gen. du droit franc. t. 9. v. «Cassation» Mat. civ. núm. 2,119

dice: «Atendiendo á que las conclusiones establecidas ante el Juez de apelación exigían que se resolviese el fondo del litigio, ya que el juicio fuese ó no declarado nulo en la forma por no haber precedido el informe del Juez comisario; que esta cuestión de forma era de tal manera indiferente, que no se ha presentado formulada en los puntos de derecho; que la decisión dada á este respecto no ha podido causar á las partes ningún perjuicio; de donde se sigue que el recurso entablado por este motivo, no es admisible por falta de interés.»[1]

Sentencia esp. de 26 de Septiembre de 1861:[2] "Considerando que en este caso falta la circunstancia cuarta del mismo artículo, en cuanto á las causas primera y segunda que motivan el recurso, y que se supone que tuvieron lugar en la primera instancia; porque si bien en la óposición Dª Rosa Davis y consorte alegaron contra la citación del remate como defectuosa y pidieron que la hecha se dejase sin efecto respecto á los hijos de aquélla, es lo cierto que no reclamaron especial y determinadamente la subsanación de tales faltas como omisiones, que no subsanadas fundarían el recurso de casación, de lo cual estuvieron tan lejos, que al mismo tiempo solicitaron que se declarase que no había lugar á pronunciar la sentencia de remate. Considerando, además, que con arreglo á lo dispuesto en el art. 1,019, es indispensable reclamar en la segunda instancia la subsanación de las faltas cuando proceden éstas de la primera, lo cual no resulta que se haya practicado con especialidad y

1 Colec. cit., t. de 1890.—I.—479.
2 Loc. cit., t. 6, pág. 530, núm. 225.

determinación por escrito ni aun verbalmente en el acto de la vista, como pudieron y debieron hacerlo constar en autos por medio de certificación fehacientes los ejecutados para la preparación del recurso."

Sentencia de 11 de Septiembre de 1866:[1] "Considerando que la manifestación consignada en la segunda instancia acerca de la existencia de la falta indicada es ineficaz para producir efecto alguno, ya por ser imputable al recurrente su omisión en reclamar contra la misma en la instancia anterior, y ya porque una simple manifestación, como la que de autos aparece, no es la reclamación especial y determinada que para preparar el recurso se requiere."

Considera el Sr. Amor que desde el momento en que él prestó su conformidad con la excepción, ésta dejó de ser un punto litigioso y el Juez debió de haber dado por concluído el juicio; no lo hizo así el Sr. Juez 5º, y el que no lo hubiera hecho constituye el hecho violatorio de que se queja el Sr. Amor en los nueve primeros capítulos.

Ahora bien, suponiendo que todo esto constituyen violaciones de ley, ¿cuándo debieron ser reclamadas? Si el Sr. Amor afirma que desde el momento en que prestó su conformidad en la excepción, el Juez estaba en el deber de dar por concluído el juicio, es evidente que el mismo señor debió de haber reclamado la violacion de que ahora se queja, desde el momento mismo en que no se concedió por el Juzgado al consentimiento en la excepción el efecto de poner fin á los procedimientos, y no concedió el Juez este efecto

1 Tomo 14, núm. 307, pág. 288.

á ese consentimiento desde que me concedió, como patrono de los demandados, el uso de la palabra para pronunciar el alegato, después, cuando la concedió para la réplica y la dúplica, cuando se citó á las partes para una junta, y por último cuando pronunció su auto citando á las partes para sentencia.

Retirada la excepción por los demandados sin oposición ni reclamación alguna de la parte actora, el Juez debió de entender que consentía. Joanne Paulo Xamar en su obra litulada «De officio judicis et advocati» examina esta cuestión,[1] «*Quando assessor aut advocatus tacendo consentire conseatur*" y asienta:[2] «Ubi aliquis vocatur ut consentiat vel contradicat, si est postea in actu præsens et tacet, habetur pro consentiente,» y dice también:[3] «In judiciio advocati tacentes et non opponentes habentur pro consentientibus» y Mascardo[4] enseña: "In judicialibus taciturnitas partis præsentis habetur pro consensu et sibi præjudicat.» Agréguese que dice Fouzier-Herman,[5] «Que los jueces del fondo tienen un poder discresional para apreciar la intención que ha dirigido á una parte en la ejecución de una decisión judicial, y, por consecuencia, para decir si el estado de hechos permite oponer una conformidad resultante de esta ejecución, sin que, para rechazar la conformidad los jueces de fondo estén obligados á indicar hechos negativos de la intención de consentir;» y M. Godart Desaponay:[6] "Mais si

1 Pars. III, quæst. IV.
2 Núm. 4.
3 Núm. 21.
4 De Probat., vol. III, núm. 3.
5 Loc. cit., núm. 4,376.
6 Manuel de la Cour de Cass, cap. IV, art. II, § 1.

ces moyens de nullité viciaient le jugement de première instance, qu'ils n'eussent point été invoqué devant la Cour royale, ils ne pourraient plus être reproduits devant la Cour de Cassation, parce que le juge du deuxième dégrè, ne pourrait les avoir méconnus qu'autant que la partie les lui aurait soumis, et dans le cas contraire, l'irregularité se trouve couverte par son silence."

La ley española sobre nulidad, de Noviembre 4 de 1838, contenía igual prevención á la de la nuestra y decía sobre ella D. Juan Bravo Murillo:[1] "Este artículo exige como requisito indispensable y condición necesaria para que proceda el recurso de nulidad por violación de las formas, que la nulidad se haya reclamado sin efecto, antes de recaer sentencia en la instancia respectiva, y que desatendida en una instancia, se reclame de nuevo en la otra si aun pudiere subsanarse en ella. Esta disposición se halla fundada en un principio de justicia, de conveniencia y aun de moralidad, y debe por tanto calificarse de acertadísima: porque ni es justo tener á los tribunales y jueces en perpetua ansiedad, dejando al arbitrio de los litigantes el reclamar, sin restricción ni limitación alguna de tiempo, los defectos que, tal vez inadvertidamente puedan aquellos cometer; ni es conveniente que pudiendo subsanarse una falta por el mismo que incurrió en ella, se permita, sin reclamar ante él, recurrir á otro tribunal y apelar á un remedio extremo; ni puede, en fin, permitirse, sin ofensa de la moralidad y sin faltar al decoro debido á la magistratura, que

1 Crónica jurídica, t. 1, pág. 157. Madrid, 1839.

el litigante que advierte un defecto, muchas veces consentido y muchas veces provocado por él, use de la perfidia de esperar á la determinación final del negocio, para si le es contraria reclamarla por el defecto consentido, y conformarse con ella si le es favorable.»

D. Joaquín Francisco Pacheco, en sus comentarios á este decreto, copia lo dicho por Bravo Murillo y dice: "Nada tenemos por nuestra parte que añadir á tan justas y exactas observaciones." Tampoco tengo yo nada que agregar, sino repetir con Bravo Murillo que no puede permitirse sin ofensa de la moralidad que se admita la casación interpuesta por los nueve primeros capítulos que se invocan.

Digo mal, porque sí tengo algo que agregar; tengo que agregar que voy á demostraros que el recurrente tiene la convicción profunda de la improcedencia de los primeros nueve capítulos de su recurso.

En el informe de 2ª instancia decía el patrono del recurrente: «La sucesión Amor creyó que el deber ha de ser cumplido hasta con los enemigos de la honra, y que un deber de lealtad la obligaba á explicar sus pruebas á sus detractores y á darles término para que las refutaran.

«Para lo primero, los llamó á posiciones, y en esa diligencia les hizo conocer los testimonios que para la solución de las cuestiones en litigio dan las probanzas aducidas. Conocidos ya nuestros cargos, posesionada la conciencia de los reos de los elementos necesarios para apreciar el vigor de nuestras pruebas, les abrimos un término extraordinario de probanzas, cerrado ya por la ley, para que pudieran combatir nuestras afirmaciones. Nada alevoso, nada por

sorpresa, tal fué nuestro lema. La parte actora lucha por la victoria; mas quiere la victoria como hija de la verdad y del derecho, descansando sobre la historia y protegida por la ley. Nada que no sea justo, que no sea afirmado por una conciencia honrada puede excitar sus deseos.»

O las palabras trascritas no reflejan la verdad, ó tiene la convicción de que no son exactas todas sus alegaciones actuales sobre la excepción dilatoria.

En efecto, se jacta en las palabras trascritas de que, después de concluído el término de prueba, nos concedió uno nuevo de gracia para que las impugnáramos, con las que de nuevo rindiéramos nosotros. Si la excepción dilatoria había de prosperar, la oferta de ese nuevo término de prueba, no diremos que fué un lazo, ó una trampa, ni emplearemos palabra alguna agresiva; pero sí diremos que fué un ardid para que evaporáramos todas nuestras pruebas.

Ese ardid no diremos que constituye una acción desleal, pero sí aseguramos que no presta mérito alguno para que alguien se jacte de haberla ejecutado. El actor la presenta hoy como uno de sus timbres de gloria, luego tiene la convicción de que no es exacta la teoría que sostiene sobre su conformidad con la excepción de demanda obscura.

La interposición tan defectuosa de los capítulos que preceden, parecería que no podía producir ventaja alguna. Sin embargo, produce para la Sala la ventaja inmensa de que no necesita examinar los capítulos subsecuentes, sino que los debe rechazar, sin necesidad de mayor examen, por haberlos herido de muerte la interposición de los nueve primeros capítulos.

Para convencerse de eso, basta que la Sala recuerde que en los capítulos VIII y IX, como consecuencia de los anteriores, reclamó contra las resoluciones 3ª, 4ª y 5ª de la sentencia, porque, en concepto del recurrente, la Sala sentenciadora no debió haber fallado sobre las acciones deducidas ni sobre las excepciones perentorias opuestas.

Todos los medios posteriores que se invocan del capítulo X en adelante, se alegan de una manera hipotética, para el caso en que la sentencia hubiera debido ocuparse de las acciones deducidas y de las excepciones perentorias opuestas.

El recurrente no lo dice así, sino que los alega sencillamente y son entonces contradictorios con los primeros; porque al mismo tiempo sostiene que no debe haber sentencia sobre esas acciones y excepciones, y que la sentencia sobre ellas debe de ser de tal ó cual manera, es decir, que al mismo tiempo sostiene que no debe de haber sentencia y que sí debe de haber sentencia, lo que viciaría tanto unos capítulos como los otros.

Aunque nada diga el recurrente, la naturaleza de las cosas marca la calidad de los medios invocados. Los nueve primeros capítulos están presentados directamente y de una manera lisa y llana: los treinta y uno ó treinta y dos siguientes, son incompatibles con éstos; luego tienen y no pueden dejar de tener la calidad de hipotéticos.

Todos esos otros medios tienen ese vicio, pues ya se ha demostrado al tratar del requisito 3º, que los medios hipotéticos no son de admitirse en casación.

CAPITULO X

Violación del art. 20 de la ley de 10 de Agosto de 1857: Los comunicados secretos deben revelarse al juez de la testamentaría y defensor fiscal ó promotor, antes de la aprobación de los inventarios, para que dichos funcionarios cuiden de su cumplimiento si son conformes con las leyes, é impidan su cumplimiento si son contrarios á las leyes. Si el ejecutor no los revela incurre en la multa del 25 por 100 de su importe.—Violación del art. 66 del Código de Procedimientos: Las resoluciones judiciales son: I. Decretos, ó sean determinaciones de trámite que llevan media firma del Juez y del Secretario: II. Autos, ó sean decisiones fundadas que llevan media firma del Juez y firma entera del Secretario: III. Sentencias definitivas ó interlocutorias que llevan firma entera del Juez y del Secretario.—Violación del art. 13 de las Instrucciones para el Juzgado de Difuntos: "Están autorizados los jueces generales del Juzgado para obligar y compeler á los albaceas á que se les manifiesten reservadamente—las memorias privadas ó comunicados secretos—á efecto de que reconocidas, si las hallaren justas y arregladas á las leyes, se las devuelvan para su cumplimiento, de lo que harán poner la constancia necesaria y que con referencia á ella, se dé á los albaceas certificación para su resguardo. Pero si juzgaren, que por ser contra derecho no deben cumplirse, dispondrán lo que según las circunstancias sea más adaptable, conservando, en cuanto se pueda, el secreto."—Causa: violación de la ley, frac. I, art. 711.

Violación del art. 20. La funda el recurrente de esta manera: «La Sala declara que no procede la acción *que deduje sobre no aprobación* del comunicado, por ignorarse quiénes sean los beneficiados. La Sala se funda en el Considerando 5º, en el carácter de secreto que tiene el comunicado, y *en que la autoridad no debe pronunciar su reprobación en caso alguno.* Esta inteligencia es contraria al art. 20 de la ley de 10 de Agosto de 1857, cuya interpretación es

que el Juez debe reprobar los comunicados, á pesar de su carácter de secretos, cuando son contrarios á las leyes.»

1º Empieza por decir que dedujo acción sobre *no aprobación del comunicado*, y no se concibe una demanda con tal objeto; porque no aprobar es no hacer, y no se concibe cómo se entabla un juicio solicitando que el Juez no haga nada.

Lo que el escrito de 28 de Julio de 1893 dice, es que ejercita el derecho de herencia sobre el valor del comunicado *previa declaración de que no es de aprobarse dicho comunicado*, lo que tendrá todas las dificultades que se quiera en derecho, pero que es concebible que se pida. Así, pues, por este motivo, el concepto no es claro, hace supuesto de la cuestión é imposible la admisión; porque no se puede examinar la ley sino bajo el concepto que se invoca y bajo ese concepto no es posible violar el art. 20 ni otro alguno.

2º Esta queja no solamente se formula de una manera ilegal, sino que para hacerla valer supone el Sr. Amor en la sentencia, con falta de buena fe, concepto que ella no contiene.

La sentencia en su parte resolutiva se limita á declarar: «3º La sucesión actora no ha probado las acciones que dedujo por medio de su escrito de 28 de Julio de 1893.» No es, sin embargo, esta declaración la que reclama el Sr. Amor, sino que éste se queja de que la sentencia haya negado la procedencia, fundándose para ello en *que se ignora quiénes sean los beneficiados*. En otros términos, no se recurre contra el fondo de la resolución, se recurre contra una de las consideraciones que el Sr. Amor pone en boca

de los Señores Magistrados que dictaron el fallo. Basta esta circunstancia para que el recurso haya sido ilegalmente interpuesto, porque forma ya un principio elemental en materia de casación que ésta se concede contra las proposiciones resolutivas de la sentencia y no contra sus considerandos, según las citas aducidas al estudiar este requisito, á las que es de agregarse la sentencia que esta Sala pronunció el 20 de Enero de 1893; porque no solamente se hace aplicación en ella de esta teoría, sino que consigna que esta teoría forma ya parte de la jurisprudencia de este respetable Tribunal. Dice así este fallo: «Considerando 1º: que cumpliendo con el precepto del art. 731 del Código de Procedimientos, de declarar previamente en todo caso si el recurso ha sido legalmente interpuesto, es de considerarse que en el presente no lo ha sido.... No en cuanto al primero de los artículos mencionados, *porque es de jurisprudencia establecida en la materia,* conforme á la frac. I del art. 711, que este recurso se da contra las violaciones que resultan cometidas por las proposiciones de las partes resolutivas de los fallos, mas no contra los razonamientos aducidos en los Considerandos que le preceden, sino cuando éstos tienen un enlace íntimo é ineludible con aquella, de modo que si no obstante haberse cometido errores jurídicos en aquellos, lo dispositivo de la sentencia no infringe la ley, sino que por el contrario, se mantiene en pie por la recta aplicación de las leyes aplicables al caso, entonces no procede el recurso de casación.»

3º Mas no solamente recurre el Sr. Amor en este décimo capítulo contra meras consideraciones, sino

que las que reclama, ó más bien dicho, las que el mismo señor pone en boca de los Señores Magistrados, no son, ni jamás han sido las de la sentencia. Afirma el recurrente que la Sala se funda para declarar la improcedencia de la acción, en que la autoridad no debe pronunciar su reprobación en caso alguno, y puede leerse la sentencia pronunciada por la Tercera Sala y se verá que no acepta ni se funda en raciocinio semejante.

Lo que dice la sentencia es: "Considerando 7º: que es una verdad que en autos no consta el contenido del comunicado, y este hecho que tiene gran significación en las cuestiones que se analizan, trae consigo también la imposibilidad de saber si lo que encierran los secretos del testador es contrario ó no á las leyes, supuesto que no ha podido ser conocido de nadie. Si, pues, la *reprobación* de la manda, que se busca como elemento fundamental del derecho de acrecer, *tiene forzosamente por base el que las disposiciones reservadas del testador sean contrarias á la ley*, es indudable que tal reprobación tropieza con igual imposibilidad; puede entonces asentarse que el expresado derecho de acrecer carece de fundamento legal. Y no obsta el que se diga que precisamente *porque es imposible conocer dicho comunicado no puede cumplirse*, y es susceptible por lo mismo de reprobación, porque lo que el art. 20 quiere es que se resista el cumplimiento de la manda, si es contrario á las leyes, pero no que por ignorarse, no pueda cumplirse; *la ley prohibe ejecutar los comunicados ilegales, no los meramente desconocidos*. Puede suceder que el comunicado desconocido se ajuste á

las leyes; puede suceder que no se ajuste: condenarle á ciegas no fuera racional, *ni esto se puede fundar en la ley;* el Juez sólo debe impedir el cumplimiento cuando esté convencido plenamente de que tal comunicado se opone á las leyes; es esta una condición ineludible. Por otra parte, esa ignorancia lleva consigo elemento igual de presunción á favor de cada uno de los extremos que indica la ley; es decir, si por no saberse lo que la manda contiene, puede presumirse que no está en armonía con la ley, por la misma razón exactamente, puede presumirse lo contrario; no es posible, por tanto, aceptar un fundamento que se levanta en la falibilidad de una presunción, para hacer descansar en él nada menos que la acción de herencia formulada por la sucesión Amor."

Ya se ve cuán distinto es lo que dice la sentencia de lo que el recurrente le atribuye.

El recurrente se refiere al Considerando quinto y tampoco éste dice lo que aquel supone: «Considerando 5º: que por este íntimo y natural enlace entre las dos acciones enunciadas, se viene en conocimiento que la segunda no puede prosperar si no prospera la primera, y así lo reconoce el mismo demandante al pedir que sea previa la declaración de que no es de aprobarse el comunicado. Si de la reprobación de éste se hace derivar el que los bienes á él destinados sigan formando parte de la masa hereditaria, y en esta circunstancia se hacen descansar los derechos de herencia ejercitados, claro es que, gran parte del éxito, depende de la primera de tales acciones. Respecto á ella hay que advertir, que no existe razón alguna legal para tal reprobación, porque el art. 20 de

la ley citada y los Códigos Civiles, previenen que la persona encargada de cumplir los comunicados los revele al Juez de la testamentaría, pero de una manera reservada; *no dicen que se dicte resolución declarando si se aprueban ó no las mandas reservadas, ni sería posible dictar esa resolución* sin exponerse á revelar secretos cuya reserva protege la misma ley. Si en concepto del Juez los comunicados son legales, los hará ejecutar; si no lo son, impedirá su cumplimiento; pero en uno ó en otro caso, *sin dictar resolución alguna especial;* no hace en ninguno de esos eventos declaración *como la solicitada por la sucesión Amor,* porque en realidad no procede *como autoridad que juzga derechos controvertidos,* sino como agente de orden *público que estorba la infracción de las leyes.* Por otra parte, suponiendo que fuera posible tal declaración, *debería ser antes de la sentencia de partición,* ya que si los comunicados son ilegales, el Juez debe impedir su cumplimiento, cosa que sin duda hará al pronunciar tal sentencia, toda vez que en ésta se verá precisado á adjudicar bienes á los albaceas, precisamente para su cumplimiento. Además, la citada ley ordena que la revelación se haga al Juez de la testamentaría, y hecha la partición como en el presente caso, no hay ya testamentaría ni menos juez de ella.»

¿Dónde dice aquí que la autoridad *no debe pronunciar en caso alguno la reprobación del comunicado?* El quejoso recurre contra una sentencia imaginaria, no contra la pronunciada por la Tercera Sala de este Tribunal en 25 de Noviembre de 1895. El recurrente hace supuesto de la cuestión.

4º El art. 20 que se cita no dice, como supone el recurrente, *que el Juez debe reprobar los comunicados contrarios á las leyes;* lo que la ley dice es que si son contrarios á las leyes, el Juez y el Defensor Fiscal impedirán su cumplimiento; *impedirán dichos funcionarios su cumplimiento,* son los términos de la ley y no hay para qué alterarlos, y alterándolos se atribuye á la ley conceptos que no tiene.

Violación del art. 66.

Funda de esta manera la violación: «La Sala se funda, dice el recurrente, para afirmar que los jueces no tienen que aprobar ni reprobar los comunicados, en que no tienen que poner constancia alguna relativa á sus resoluciones. Esta aseveración de la Sala, viola: I. El art. 66 del Código de Procedimientos Civiles vigente, cuya interpretación es que toda resolución judicial debe constar en los autos por escrito, supuesto que para todos exige ese artículo, firma ó media firma del Juez, y firma del Secretario.»

1º Como hemos visto en la reclamación anterior, la Sala no afirma que *los jueces no tienen que aprobar ni reprobar los comunicados*, y por lo mismo, la reclamación del art. 66 descansa en ese falso supuesto.

2º Por lo mismo que no hace la afirmación que se le atribuye, no la funda en cosa alguna, ni se asienta tampoco en la sentencia que *los jueces no tienen que poner constancia alguna relativa á sus resoluciones,* constituyendo esta aseveración un nuevo supuesto enteramente falso.

3º Aunque hubiera hecho la sentencia la afirmación que se le atribuye, no violaría con ella el art. 66, por-

que éste no dice que se dicten ó no se dicten resoluciones, y que se asienten ó no se asienten constancias, sino la manera con que se deben asentar las resoluciones cuando se dicten. Es cosa enteramente distinta el que se hayan de dictar ó no resoluciones y el que se asienten ó no constancias de ellas, y la manera con que ha de asentarse esa constancia cuando haya tales resoluciones y deban hacerse constar en autos.

4º Pero hay más, la sentencia se ocupa de examinar el caso que ofrecen los autos, y dice que con arreglo á la ley vigente en 1869, en que se sustanció la testamentaría del Sr. D. Manuel Escandón, el Juez examinaba los comunicados, pero sin dictar resolución alguna, y contra éste objeta el Sr. Amor, que no es exacta la afirmación de la sentencia y que ella viola el texto del art. 66 del Código de Procedimientos Civiles, publicado en el año de 1884, según el cual las resoluciones judiciales deben constar en los autos; de manera que, según el Sr. Amor, en el año de 1869 el Juez de la testamentaría debió de haber hecho constar en los autos la calificación sobre legalidad del comunicado, porque en el Código de Procedimientos, publicado el año de 1884, se ordena que las resoluciones judiciales deben constar en las actuaciones, ó en otros términos, la Sala violó el texto del art. 66 del Código de Procedimientos Civiles vigente, porque el Juez de la testamentaría del Sr. Escandón, en el año de 1869, no hizo constar su determinación en las actuaciones. Ya se verá si estas alegaciones y si estas infracciones pueden tomarse á lo serio, ó si ellas no constituyen la prueba más patente de la improcedencia del recurso.

Violación del art. 13 de las Instrucciones del Juzgado de Difuntos.

El recurrente funda esta violación en que la Sala afirma que los jueces no tienen que aprobar ni reprobar los comunicados ni que asentar constancia de ello, con lo que viola, 1º el art. 66 y: «2º El art. 13 de las instrucciones para Juzgados de Difuntos, que previene que los Jueces compelan á los albaceas á que les manifiesten las mandas, para que si las hallaren justas y arregladas á las leyes, se las devuelvan, «*de lo que harán poner la constancia necesaria, y que con referencia á ella se dé á los albaceas certificación para su resguardo.*»

1º Hace el supuesto primero, anotado en la reclamación anterior.

2º Hace el supuesto segundo, anotado en la reclamación anterior.

3º Esa disposición no es ley, por lo que falta el primer requisito del art. 720, y aun cuando hubiera sido ley, habría sido derogada, como demostraré más adelante, lo que produce la ilegal interposición, según lo tiene declarado esta Sala en la sentencia que pronunció el 8 de Enero de 1892, en el juicio seguido por el Ayuntamiento contra D. Manuel Martínez del Río y en cuyo fallo se dice: «Considerando tercero: que tampoco juzga la Sala legalmente interpuesto el recurso respecto á las violaciones alegadas de la ley 7ª, tít. 29, Part. 3ª, porque quejándose el recurrente de que se le ha aplicado esa ley no obstante estar derogada, mal puede alegar al mismo tiempo que ha sido violada en su contra.[1]

1 An. de 1892, pág. 24.

4º Aunque fuera ley no habría sido infringida. Dice el recurrente que el art. 13 citado *previene que los jueces compelan á los albaceas á que les manifiesten las mandas*, y el art. 13 dispone una cosa de tal manera distinta, que conociendo sus términos precisos y fijándose en ellos es perfectamente manifiesto que no solamente no se violó sino que no pudo ser violada.

Dice el art. 13 que los jueces *están autorizados para compeler á los albaceas*, lo que es completamente distinto de que «*previene* que los jueces compelan á los albaceas.» Es una autorización al Juez, no obligación que se impone al Juez; queda á su arbitrio exigir ó no exigir esas memorias, como está en su arbitrio dictar autos para mejor proveer, y no es materia de casación el que los jueces usen ó no de lo que la ley deja á su arbitrio.

CAPITULO XI.

Violación del art. 20 de la ley de 10 de Agosto de 1857: ya se ha copiado.—Violación del art. 1,167 del Código Civil de 1870: sólo pueden prescribirse las cosas, derechos y obligaciones que están en el comercio.—Violación del art. 1,061 del Código vigente: literalmente el anterior.—Causa: violación de ley, frac. I, art. 711.

Violación del art. 20. Fundamento: "La Sala niega la acción de caducidad, porque la no aprobación del comunicado, sólo puede verificarse antes de la sentencia de División. Esta declaración es contraria al art. 20 de la ley de 10 de Agosto de 1857, cuya interpre-

tación condena la inteligencia de la Sala, puesto que, *si ese artículo ordena que en el plazo fijado se haga,* es con el solo objeto de castigar al albacea que no lo haya hecho, y de que se causen los derechos al fisco."

1º El Considerando 5º de la sentencia termina de esta manera: "Por otra parte, suponiendo que fuera posible tal declaración, *debería ser antes de la sentencia de partición,* ya que si los comunicados son ilegales, el Juez debe impedir su cumplimiento, cosa que sin duda hará al pronunciar tal sentencia, toda vez que en ésta se verá precisado á adjudicar bienes á los albaceas, precisamente para su cumplimiento. Además, la citada ley ordena que la revelación se haga al Juez de la testamentaría, y hecha la partición como en el presente caso, no hay ya testamentaría ni menos juez de ella.»

Como se ve, con toda claridad se expresa esta parte del fallo, y en ella se exponen dos razones para demostrar que la declaración sobre la aprobación ó reprobación del comunicado, debe hacerse antes de la sentencia de partición: 1º porque en esta sentencia es en la que se tienen que adjudicar al albacea los bienes necesarios para la eficacia del comunicado; y 2º porque la ley dice que la revelación debe hacerse al Juez de la testamentaría, y cuando se pronuncia la sentencia de partición ya ni hay testamentaría ni menos juez de ella.

La queja como se ve es contra los Considerandos y no contra la parte resolutiva de la sentencia.

2º Como hemos visto la consideración reclamada es la que contiene el Considerando 5º, en el cual la

sentencia de la Tercera Sala establece que, suponiendo posible la declaración sobre la legalidad ó ilegalidad del comunicado, esta declaración debería hacerse antes de que se pronunciara la sentencia de partición. La Sala se funda en este Considerando en el art. 20 de la ley de 10 de Agosto de 1857, y el Sr. Amor reconoce la exactitud del fundamento, pues nos dice: "Esta declaración es contraria al art. 20 de la ley de 10 de Agosto de 1857, cuya interpretación condena la inteligencia de la Sala, *puesto que si ese artículo ordena que en el plazo fijado se haga*, es sólo con el objeto de castigar al albacea que no lo haya hecho y de que se causen los derechos al fisco.» Como se ve confiesa el Sr. Amor que el art. 20 de la ley de 10 de Agosto dice lo mismo que lo que afirma la Sala en su Considerando, pero cree ya salvada la dificultad con sólo darnos su opinión, que para él debe ser muy respetable, de que tal precepto de la ley no tiene más objeto que el de castigar al albacea, y el de impedir se defraude al fisco. Seguramente será la primera vez en que escuche esta Sala que se interponga el recurso de casación fundándose, no en que se infringe la ley, sino en que la disposición de ésta, tenga tal ó cual objeto que suponga el recurrente y del que no se ocupe la sentencia.

3º La queja es en realidad por haber aplicado literalmente el art. 20. De caso semejante se ocupa H. F. Rivière[1] y dice:[2] «On s'est quelquefois plaint devant la Cour d'une application d'un texte que l'on

1 Revue doctrinale des variations et des progres de la Jurispr. de la Cour de Cass.

2 Introduct. núm. 3.

prétendait trop scrupuleuse: «Mais, disait le Conseil d'Etat, un arrêt de la Cour de Cassation que détruirait un jugement pour être trop littéralement conforme au texte de la loi, offrirait dans l'ordre judiciaire un scandale dont, il faut l'espérer, nous ne serons jamais les témoins.»[1]

Violación de los arts. 1,167 y 1,061.

La funda el recurrente en esta forma: «La Sala, con el fundamento dado, afirma en el fondo que el derecho que da la ley á la autoridad de aprobar ó no aprobar un comunicado, se prescribe por el lapso del término que se extingue en la fecha de la sentencia. Esta declaración sobre prescripción es contraria á los arts. 1,167 del Código Civil de 1870 y 1,061 del vigente, que establecen que sólo pueden prescribirse los derechos que están en el comercio, y no estando en el comercio el derecho que tienen los Jueces para aprobar ó no aprobar un comunicado, no ha podido ser objeto de prescripción. La Sala ha declarado implícitamente, que es susceptible de prescripción lo que la ley declara imprescriptible.»

1º Se atribuye á la Sala, de una manera enteramente gratuita, el pensamiento de una prescripción, que es bien seguro que no pasó por la mente de los Señores Magistrados que pronunciaron esa sentencia.

La teoría que la sentencia sostiene es la que rige en todos los procedimientos judiciales y que el Juez de primera instancia estudia en el Considerando quince y á la que da gran luz la doctrina que cita de Haus: "Si el deber de hacer, al cual se ha faltado por la inac-

1 Avis du Cons. d'Etat des 18, 31 janvier 1806.

ción, era un deber instantáneo, es decir, el deber consistente en realizar un acto en cierta época fijada, el delito es instantáneo. Tal es el deber....de hacer, en un plazo dado, ciertas declaraciones á la autoridad."

Al cambiar el pensamiento de la sentencia hace supuesto de la cuestión.

2º Supongamos que es cierto el concepto que expresa el recurrente, y tenemos entonces que la sentencia dice: *que el derecho que da la ley á la autoridad de aprobar ó no aprobar el comunicado prescribió* en el lapso de término que concluyó en la fecha de la sentencia que aprobó la división, es decir, en 10 de Julio de 1869.

Si esto es así, y esta afirmación viola alguna ley, ¿cuál puede ser esa ley violada? Sin duda que sólo pudo serlo la ley vigente durante la testamentaría de D. Manuel Escandón, es decir, de Junio 7 de 1862 á Julio 10 de 1869, nunca, ni por ningún motivo, los artículos del Código Civil de 1870 y del vigente, que no podían ser infringidos porque no estaban vigentes en la época de que se trata, pues en el concepto que se expone, antes de la vigencia de esos artículos, ya estaba consumada la prescripción.

CAPITULO XII

Violación del art. 1,183 del Código Civil de 1870: los jueces no pueden de oficio considerar la prescripción.—Violación del art. 605 del Código de Procedimientos: congruencia.—Causa: incongruencia, frac. II, art. 711.

Fundamento: «Al hacer la Sala la declaración constante en el anterior capítulo, ha violado además los arts. 1,183 del Código Civil de 1870, y 605 del Código de Procedimientos Civiles, de los que el primero dice que los jueces no pueden de oficio considerar la prescripción, y el segundo, reproduce esta prohibición al mandar que los jueces no se ocupen más que de las excepciones opuestas. La contestación á la demanda, que es actuación jurídica que prueba plenamente, según el art. 554 del Código de Procedimientos Civiles, no registra la excepción de que se haya prescrito el derecho del Juez, para aprobar ó no aprobar el comunicado. La declaración de que ese derecho está prescrito, importa la consideración, para darle el triunfo, de una excepción no opuesta. Bajo estos conceptos y por las violaciones alegadas, recurro contra la tercera resolución de la sentencia, por el motivo de la frac. II del art. 711 del Código de Procedimientos Civiles.»

Violación del art. 1,183.

1º Hace supuesto, porque según se ha demostrado en el capítulo anterior, no se trata de prescripción.

2º Hace supuesto, porque en la contestación de la demanda se alegó la prescripción.

3º El art. 1,183, ó es una disposición sustantiva, ó es una disposición de procedimiento. Si lo primero, el Código de 1870 no estaba publicado durante el juicio de la testamentaría de D. Manuel Escandón, y por lo mismo no pueden sus disposiciones regir los actos de aquel juicio. Si lo segundo, dicho Código no estaba ya vigente desde que empezó este juicio, y por lo mismo, no pueden regir los actos del mismo.

Violación del art. 605.

1º Existen los tres primeros motivos expresados en la reclamación anterior.

2º Se invoca la causa de la frac. II, art. 711, y en varias de las anteriores ha invocado la frac. I, teniendo el vicio de invocar las dos causas.

CAPITULO XIII

Violación de la ley 8ª, tít. 3º, Par. 3ª: los demandados ponen defensas ante el Juez que han pagado, ó fecho aquello que les demandan, ó que los demandadores les fizieron pleyto, que nunca gelo demandasen.—Violación del art. 26 del Código de Procedimientos: son excepciones las defensas que emplea el reo para impedir el curso de la acción ó destruir ésta.—Causa: violación de ley, frac. I, art. 711.

Fundamento: «La Sala declara que no tiene el actor las acciones deducidas, porque las renunció en el convenio de transacción de división de los bienes de D. Manuel Escandón. Esta declaración que inspira la resolución 3ª, es contraria á la interpretación de la ley 8ª, tít. 3º, Par. 3ª, y del art. 26 del Código de Procedimientos Civiles vigente, que dan el carácter de

defensa ó excepción á la renuncia ó transacción, y no permiten confundirla con la acción. Declarar que no se han probado las acciones, porque se han probado las excepciones, es confundir la acción y la excepción, con infracción de las leyes que dejo citadas.»

1º Como vemos, el Sr. Amor cita en este capítulo la ley violada y expresa que el hecho violatorio consiste en que, al declarar la Sala que no se han probado las acciones, porque las excepciones han quedado justificadas, confunde la acción con la excepción. Concedamos que con esto cumple con dos de los requisitos establecidos por el Código para la legal interposición del recurso; pero no llena el hueco que consiste en expresar el concepto de la violación. Ya en otro lugar hemos visto que para que se pueda decir que se cumple con este tercer requisito, es indispensable que se relacione el texto de la ley que se dice violada con el hecho en que consiste la infracción, y nada de esto hace el Sr. Amor en este 13º capítulo. Repito que expresa este señor que las leyes infringidas son la 8ª, tít. 3º, Par. 3ª y el art. 26 del Código Civil, y que la Sala confunde la acción con la excepción; pero nada dice que pueda servir para indicar cómo en la violación del precepto que contiene estas disposiciones, resulte la confusión entre esos dos elementos tan diversos del juicio, la acción y la excepción.

2º Como hemos visto, el Sr. Amor se queja de que: «declarar que no se han probado las acciones porque no se han probado las excepciones, es confundir la acción con la excepción,» en otros términos, se queja el recurrente de que la tercera Sala ha confundido las acciones con las excepciones. Siendo éste enton-

ces el motivo de que se queja, ¿cuáles serían las leyes que debiera citar para la expresión del concepto, si fuera cierto el hecho que sirve de base á la queja? En mi concepto es bien sencillo contestar á esta interrogación: si el Sr. Amor se queja de que se han confundido las acciones con las excepciones, y al contrario, es preciso tener á la vista las leyes que determinan cuáles son las acciones y cuáles las excepciones.

Siendo esto así, para el concepto general que viene expresando, necesitaba citar las leyes referentes á las acciones y las referentes á las excepciones. Sólo ha citado las últimas, luego le falta la cita de las primeras para completar el concepto.

3º Pero no es esto sólo, sino que en realidad de lo que el recurrente se queja en este capítulo, es de que se desnaturalizó la acción, sea porque se le aplicaron los atributos de la excepción, sea porque se le atribuyó cualesquiera otro requisito que no le correspondía, y no cabe duda de ello, porque recurre contra la resolución 3ª de la sentencia, cuya resolución 3ª no dice una palabra de las excepciones y se limita á declarar que: "La sucesión actora no ha probado las acciones que dedujo por medio de su escrito de 28 de Julio de 1893."

Entonces es claro que no se violaron en el caso las leyes relativas á la naturaleza de la excepción; porque éstas son inconducentes, éstas no son aplicables cuando se trata de la acción. Luego no han podido ser infringidas las leyes que se citan, porque no son las aplicables.

4º Supongamos, por último, que el Sr. Amor recurriera contra la sentencia de la Tercera Sala en la

parte en que le condenó al pago de la cantidad de cien mil pesos; en este supuesto sería bastante la comprobación de que en el fallo no existe proposición alguna que consignara tal condenación, para que quedara establecida la ilegalidad del recurso.

Pues esto es lo que hay que decir con relación al hecho violatorio, que sirve de base á la queja contenida en este cap. 13, á saber; que es completamente inexacto que la sentencia haya declarado que no se han probado las acciones, porque quedaron justificadas las excepciones. Ni una sola palabra, ni una frase, ni un concepto tiene la sentencia recurrida que pueda servir para justificar semejante afirmación.

Por el contrario, lejos de que esto sea exacto, por muy á la ligera que se estudie dicho fallo, se adquirirá la evidencia de que en él, con toda minuciosidad y con todo cuidado, se hace primero el estudio de las acciones para llegar después al examen de las excepciones. No sólo hace esto la sentencia, sino que después que por separado se ha ocupado de las acciones deducidas por el Sr. Amor y de las defensas alegadas por mis patrocinados, en su parte resolutiva concluye con las siguientes proposiciones: «3ª Por mayoría. La sucesión actora no ha probado las acciones que dedujo por medio de su escrito de 22 de Julio de 1893. 4º Por mayoría. Los demandados han probado todas las demás excepciones que opusieron.»

Como se ve, esta manera como concluye el fallo de la segunda instancia, es la mejor demostración de que es completamente inexacta la queja del Sr. Amor, y que con la separación debida se ocupa esta sentencia de las acciones y de las excepciones.

5º Mas, podrá decir que si la confusión no aparece en las proposiciones dispositivas de la sentencia, sí existe en sus Considerandos. Esta contestación sería bastante para dejar comprobada la ilegal interposición del recurso, supuesto que, no una sino muchas veces, he demostrado que la casación se concede contra la parte resolutiva de la sentencia y no contra sus consideraciones, de tal manera, que aunque en éstas se haya incurrido en error ó se haya desconocido el texto expreso de la ley, si estos errores y si estas infracciones no se trasmiten á la parte resolutiva, no cabe el recurso de casación, y no sólo no procede, sino que tiene que declararse ilegalmente interpuesto.

6º Pero hay más todavía, si es inexacto que en la parte resolutiva de la sentencia se haya incurrido en la confusión que supone el Sr. Amor, ó en otras palabras, si es completamente inexacto que en la parte resolutiva de la sentencia se ha declarado que no han sido probadas las acciones, porque lo fueron las excepciones, tampoco se incurrió en tal confusión en los Considerandos, y tampoco en éstos se hizo la declaración que se supone. En efecto, si se estudia esta sentencia, aunque sea muy ligeramente, desde luego se percibirá que en los Considerandos se hizo un estudio verdaderamente prolijo y detallado de todas las cuestiones debatidas en el juicio, y que con completa separación se estudiaron aisladamente las acciones y las excepciones, para venir á fundar después la conclusión que formó el fondo de la resolución. En el Considerando 1º, los Señores Magistrados no hacen otra cosa sino exponer el plan que se proponen seguir para el estudio del negocio, y basta la manera como en este con-

siderando se expresan, para que se comprenda que hicieron su estudio por separado de las acciones y de las excepciones, y que jamás entró en su propósito desechar las unas porque las otras aparecieran justificadas. En el final de este Considerando se expresan como sigue: «Hay que estudiar á la luz de la ley de 10 de Agosto de 1857, en que se apoya la parte actora, y que era la legislación vigente en aquella época: I. Lo que de autos resulte acerca de la excepción dilatoria: II. *El mérito de la acción en sí misma*; y III. La eficacia de las excepciones perentorias, en cuanto puedan destruir esa acción.» No podía esta sentencia destruir de una manera más enérgica la queja que en este capítulo formula el Sr. Amor, y parece hasta que los Señores Magistrados previeron el cargo que se iba á formular contra su fallo y que quisieron alejar todo motivo de censura á este respecto. No dicen solamente que se proponían estudiar la acción, como lo expresan respecto de las excepciones, sino que para que no se creyera que iban á hacer este estudio en relación con las excepciones, ó en otros términos, para que no se creyera que se iban á ocupar de examinar si las acciones no habían sido probadas, por estarlo las excepciones, dicen que iban á hacer el estudio del mérito de la acción *en sí misma,* es decir, considerándola aisladamente, de una manera absolutamente separada, y con separación también de todos los elementos que se pudieran deducir de las excepciones y de las pruebas rendidas para justificar estas últimas.

A la verdad que no se podrá demostrar de una manera más cabal y completa la inexactitud de estas

quejas, y de consiguiente la ilegalidad también de la interposición del recurso.

Los autores de la sentencia fueron fieles al programa que se habían trazado, y los Señores Magistrados se convencerán de ello cuando examinen esa sentencia. Yo no quiero entrar á ese examen que sería muy dilatado, sino que espero las citas del recurrente que presente como prueba de la confusión que alega, para examinarlas entonces.

7º No es aplicable la ley de Partida que se cita; porque como ley procesal, quedó derogada por el art. 18 de la ley transitoria anexa al Código de Procedimientos, de 15 de Agosto de 1872.

CAPITULO XIV

Violación del art. 20 de la ley de 10 de Agosto de 1857: los comunicados deben revelarse al Juez de la testamentaría y Defensor fiscal, para que cuiden de su cumplimiento ó para que le impidan. —Causa: violación de ley, frac. I, art. 711.

Fundamento: "La Sala funda también la denegación de las acciones en que la ley sólo da, respecto del comunicado, acciones al Juez y al Ministerio Público. Esta declaración implica la falsa aplicación del art. 20 de la ley de 10 de Agosto de 1857, que al conceder acción sólo al Juez y al Ministerio Público, se *refiere exclusivamente* á la acción para conocer el comunicado, y no quita las acciones del que se crea con derecho á los bienes del comunicado. Pedir la caducidad de la manda, é iniciar acción hereditaria

sobre ella, no es entablar acción para conocer la manda. La Sala, al aplicar el art. 20 de la ley de 10 de Agosto de 1857 á un caso distinto del que él prevé, ha hecho una falsa aplicación de la ley, y la ha violado.»

1º Dice el quejoso que el art. 20, que cita, «al conceder acción sólo al Juez y al Ministerio Público, se refiere *exclusivamente* á la acción para *conocer* el comunicado,» y en el capítulo X había dicho: «Esta inteligencia es contraria al art. 20 de la ley de 10 de Agosto de 1857, cuya interpretación es que el Juez debe reprobar los comunicados á pesar de su carácter de secretos, cuando son contrarios á las leyes.» Ya se ve, pues, como, según el mismo quejoso, no es verdad que al Juez y al Ministerio Público se les conceda facultad *exclusivamente para conocer el comunicado,* sino que se les concede también para aprobarle ó reprobarle. Luego el concepto no es exacto y está en contradicción con otras alegaciones del recurrente.

2º El raciocinio que se desprende de la sentencia —Considerandos 5º y 6º—es el siguiente: "Los comunicados secretos por su naturaleza son secretos: no deben intervenir en cosa alguna con referencia á ellos sino las personas á quienes designa el testador ó determina la ley: el testador señala á los ejecutores: el art. 20 sólo señala al Juez y al Ministerio Público; luego nadie más tiene derecho de intervenir." Al impugnarse la sentencia bajo raciocinio distinto, se hace supuesto de la dificultad.

3º Sostiene el quejoso que el art. 20 no es aplicable al caso y entonces no pudo ser violado por la sentencia. Alguna vez he expresado opinión semejante y

pueden citarse doctrinas que la abonan, pero la jurisprudencia de la Sala es uniforme en contra, y se funda en que las acciones subsisten porque les dé el ser una ley y cuando se desconocen se viola la ley que les dió el ser, no la ley que sea inaplicable.

4º Dice el recurrente: «Pedir la caducidad de la manda, é iniciar acción hereditaria sobre ella, no es entablar acción para conocer la manda.»

Hace supuesto de la cuestión, pues omite asentar que, como requisito previo á la acción de herencia, entabló acción sobre declaración de que no era de aprobarse el comunicado. A esta acción sobre esa declaración respecto del comunicado es á la que se refiere la sentencia en la parte que se cita, y sin embargo se hace la reclamación bajo el supuesto de que la sentencia se refiere en esos raciocinios á la acción de herencia. El supuesto es falso, de notoria y reconocida falsedad.

5º Lo alegado en este capítulo está en contradicción con el capítulo 18 en el que dice que es cuestión de autos averiguar quiénes son los legatarios.

CAPITULO XV

Violación del art. 28 del Código de Procedimientos: enumera las excepciones dilatorias y entre ellas: V. La obscuridad ó defecto legal en la forma de proponer la demanda.—Violación del art. 26 del Código de Procedimientos: son excepciones todas las defensas que puede emplear el reo para impedir el curso de la acción ó para destruir ésta.—Causa: violación de ley, frac. I, art. 711.

Fundamento: «La Sala funda la denegación de la acción de caducidad en que está presentada disyuntivamente, lo que le quita la precisión jurídica. Esta declaración viola los arts. 28 y 26 del Código de Procedimientos Civiles, de los que el primero da el carácter de excepción dilatoria al defecto legal, en la forma de proponer la demanda, y *el segundo dice que las excepciones dilatorias impiden el curso de la acción.* La Sala, al dar el efecto de perentoria que destruye la acción, á un defecto que la ley sólo permite pueda suspender la acción, viola los artículos citados.»

1º Falta precisión en la cita del art. 28, porque ese artículo tiene nueve fracciones, y no se cita la que se supone violada.

2º Hace supuesto de la dificultad, porque asegura que el art. 26 *dice que las excepciones dilatorias impiden el curso de la acción,* lo que es enteramente inexacto, porque lo que ese artículo dice es que hay unas acciones que impiden el curso de la acción y otras que las destruyen, pero no dice cuáles son ni cómo se llaman unas y otras. Quien dice eso es el art. 27 que no se cita.

CAPITULO XVI

Violación del art. 605 sobre congruencia.—Causa: incongruencia, frac. II, art. 711.

Fundamento: «La Sala, al hacer la declaración anterior, se ha ocupado de una excepción que no fué opuesta, según aparece de la contestación de la demanda, que como actuación judicial tiene fuerza probatoria conforme al art. 554 del Código de Procedimientos. Declarar que la demanda tiene un defecto legal que no ha sido presentado como excepción, es declarar sobre una excepción no opuesta, es violar el art. 605 del Código de Procedimientos Civiles, que prohibe ocuparse de excepciones no deducidas.»

1º La sentencia no declara que la demanda tenga un defecto legal, y en consecuencia la reclamación es contra los Considerandos, ó más bien contra un raciocinio de un Considerando.

2º Si á una demanda se opone la excepción de *defecto legal* y se señalan diversos vicios, el Juez puede aceptar la excepción por distintos vicios de los alegados, según las teorías del recurrente, respecto del art. 22 de la ley de 10 de Agosto de 1857. Si esto es así, el recurrente funda los nueve primeros capítulos en que existía la excepción de defecto legal, y entonces aquellos nueve capítulos destruyen á éste, y éste destruye á aquellos, porque se invocan medios contradictorios.

3º Ha reclamado varias veces la violación del art. 605 por la causa de la frac. I, y aquí le atribuye la de la frac. II, art. 711, lo que vicia la interposición.

CAPITULO XVII

Violación de la ley 8ª, tít. 3º, P. 3ª, copiada en el capítulo XIII.—Violación del art. 26 del Código de Procedimientos, ya copiado.—Causa: violación de ley, frac. I, art. 711.

Fundamento: «La Sala da nuevo fundamento á la denegación de la acción de caducidad en la transacción celebrada entre los reos y el Gobierno Federal. Reproduzco aquí las alegaciones hechas en el capítulo XIII, que fundan la confusión entre la acción y la excepción. La Sala, al aplicar á la acción las reglas de la excepción, ha violado las leyes citadas en el capítulo XIII, bajo los conceptos en él expresados. Por el motivo de la frac. I del art. 711, recurro contra la 3ª resolución de la sentencia.»

A mi vez reproduzco la respuesta dada al capítulo 13.

La sentencia en el Considerando 6º dice: que la acción sobre comunicados no compete á los particulares sino á la Sociedad representada por el Juez y el Ministerio Público, y continúa: «La autoridad administrativa estuvo en su derecho, en el presente caso, para promover por medio del Procurador de Justicia la imposición de una multa con relación al pasado, y en cuanto al porvenir, para celebrar la transacción de

veintitrés de Febrero de mil ochocientos ochenta y seis, en la que el Ejecutivo de la Unión se obligó á que ninguna autoridad ni funcionario exigiría á los herederos de los albaceas de D. Manuel Escandón, ni la revelación, ni que justificaren la inversión de los comunicados secretos, y esa transacción debe ser respetada.»

Como se ve, el concepto de la Sala es muy distinto del que expresa el quejoso. El concepto de la Sala manifiestamente es el de que celebrada una transacción con el Gobierno, que fué aceptada por el Ministerio Público y por el Juez, y en la que se dice que no se ha de volver á tocar este punto, esa transacción tiene que ser respetada por todos. En términos más breves, el concepto de la Sala es el que sigue: los dueños exclusivos de la acción la declararon extinguida, luego nadie puede ejercitar esa acción, ni compete á persona alguna. Y como la sentencia no ha sido impugnada bajo este aspecto, sino bajo otro enteramente distinto, es claro que se hace supuesto de la cuestión.

CAPITULO XVIII

Violación del art. 554 del Código de Procedimientos: las actuaciones judiciales hacen prueba plena.—Causa: violación de ley, frac. I, art. 711.

Fundamento: «La Sala niega la acción de caducidad que he fundado en que se ignora quiénes sean los legatarios, porque esto, según afirma, no es cuestión

de autos. Mi demanda que *sustituyó á la primera*, en su carácter de actuación judicial, prueba conforme al art. 554 del Código de Procedimientos Civiles, que *á la acción de caducidad dí por fundamento el que no se puede saber para quiénes sea el comunicado;* los alegatos que con el mismo carácter y bajo la fe de la misma ley tienen fuerza probatoria, acreditan que la ignorancia de los legatarios, y los efectos de ella, han sido discutidos en el pleito. La Sala, al negar estos hechos, se ha puesto en abierta contradicción con lo que dicen esos documentos, y ha violado la ley de la prueba, que es el art. 554 del Código de Procedimientos Civiles.»

1º El recurrente tiene verdadero horror á la exactitud, y el recurso de casación necesita para prosperar de la mayor exactitud. Dice la lección: «Mi demanda que sustituyó á la primera....» ¿Cuántas demandas interpuso el actor? ¿Cuál es esa segunda, tercera ó cuarta demanda que sustituyó á la primera? Basta que el recurso dé mérito para hacer estas preguntas para que le falte el requisito de precisión y claridad.

2º Pero no es eso sólo, sino que en vano se echarán los Señores Magistrados á buscar esa segunda, tercera ó cuarta demanda que sustituyó á la primera; porque yo les aseguro que no la encontrarían.

Encontrarán los Señores Magistrados dos escritos de demanda, uno de fecha 18 de Junio de 1892 y otro de 28 de Julio de 1893. ¿Será la segunda demanda de 28 de Julio de 1893 la que sustituyó á la primera de 18 de Junio de 1892? No, Señores Magistrados, porque en esa segunda demanda dice que la doctrina autoriza para *ampliar ó enmendar* su demanda antes

de que sea contestada, y concluye: «A Vd. pido que dando por ampliada ó enmendada la demanda que tengo formulada, se sirva mandar correr translado en juicio ordinario á la parte reo.» El actor *amplió ó enmendó* la primera demanda en esta segunda. Si *amplió* quedó íntegra la primera con el aumento de la segunda, y tenemos entonces dos demandas íntegras. Si *enmendó*, enmendar es, según el Diccionario: «Corregir, hacer que una cosa mala quede mejor, quitando sus defectos,» y entonces no quedó íntegra la primera demanda, pero sí quedó sin los defectos que le quitaron, y entonces esta segunda demanda no sustituyó á la primera, sino que dejó ésta viva quitándole defectos que antes tenía.

Resulta de esto una completa indeterminación que vicia el recurso.

3º El hecho que se marca como determinante de la violación, ¿nos pondrá en camino de encontrar esa demanda posterior que sustituyó á la primera? No, Señores Magistrados, esa demanda substituyente prueba, según el quejoso, «que á la acción de caducidad dí por fundamento el que *no se puede saber para quiénes sea el comunicado,*» y entonces es seguro que esa demanda substituyente no es la contenida en escrito de 28 de Julio de 1893; porque en ésta se pide «la previa declaración de que no es de aprobarse dicho comunicado, *por no poderse saber cuál sea.*» Es enteramente distinto el conocer el comunicado y el saber quiénes sean los legatarios; porque el comunicado puede decir que el ejecutor ó ejecutores distribuyan la manda como quieran, "assí como lo el to-

viere por bien,» según dice la ley de Partida,[1] en cuya forma no se sabría quiénes eran los legatarios aun cuando se supiera lo que disponía el comunicado.

4º Descansa la queja en que la Sala niega «la acción de caducidad que he fundado en que se ignora quiénes sean los legatarios, porque esto, *según afirma, no es cuestión de autos.*» No hallo en la sentencia esta afirmación y mientras no se me demuestre, estoy en mi derecho para afirmar que el recurrente hace supuesto de la cuestión.

5º La queja del art. 554 por sí sola no constituye agravio por falta de interés; porque de la simple circunstancia de que la sentencia consigne un hecho inexacto ú omita uno verdadero, no perjudica á las partes si á la vez no lesionó algún derecho. Debió citarse el 605 ó algún otro para que se justifique el interés y autorizara á la Sala para entrar al examen de la violación del 554.

6º Contradicción con el capítulo 14; porque aquí sostiene que se trata de averiguar y conocer quiénes son los favorecidos por el comunicado, y en aquél dice que no se trata de eso; porque «pedir la caducidad de la manda é iniciar acción hereditaria sobre ella, no es entablar acción para conocer la manda.»

1 Ley 3, tít. 10, P. 6ª

CAPITULO XIX

Violación de la ley 9, tít. 9, P. 6. "La persona de aquel a quien es fecha la manda, deue ser puesta, e nombrada ciertamente, de guisa que puedan saber qual es, o por su nome, o por otras señales; ca si cierta non fuesse, non valdria la manda. E esto seria, como si el testador ouiese dos amigos, que ouiese el vno nome assi como el otro, e dixesse assi: Mando a fulano mio amigo tantos marauedis, o tal cosa; e non dixesse el sobrenome de aquel a quien lo mandaua. Ca pues que non se puede sauer ciertamente, qual de aquellos sus amigos quisiera el testador que ouiesse aquella manda, porende non vale, nin es el heredero tenudo de la cumplir. Pero si fuesse cierta la persona de aquel a quien fuesse mandada, maguer errasse el testador en el nome, e en el sobrenome, de aquel á quien la fiziesse, non empesce tal yerro, nin se embarga porende la manda."—Causa: violación de ley, frac. I, art. 711.

Fundamento: «La Sala niega la acción de caducidad porque no reputa aplicable la ley 9, tít. 9, partida 6ª, cuya aplicación, dice, hace imposible la naturaleza secreta del comunicado. La ley 9, tít. 9, partida 6ª, declara nula la manda cuando no se sabe *ciertamente* quiénes sean los beneficiados. En el caso actual, según lo reconoce la Sala, no se sabe quiénes sean estos; en consecuencia, la Sala ha violado la ley de Partida ya citada, al negarse á declarar que no es de aprobarse el comunicado cuyo objeto se ignora.»

1º Este capítulo está en contradicción absoluta con el anterior. La queja anterior consistía en que la Sala no se había ocupado de la cuestión relativa al fundamento invocado en la demanda y alegatos de que *se ignora quiénes sean los legatarios, porque esto, según afirma, no es cuestión de autos.* En el presente

capítulo se queja de que no se aplique la ley que cita cuando no se sabe *quiénes sean los beneficiados:* «En el caso actual, continúa el recurrente, *según lo reconoce la Sala, no se sabe quiénes sean éstos.»* Luego la Sala se ocupó de ese punto, y si no se ocupó, según dice el capítulo anterior, el presente descansa en un supuesto falso. En otros términos: el fundamento de la presente queja consiste en que la Sala reconoce que no se sabe quiénes sean los legatarios, y este supuesto es falso si la base en que descansa el anterior es verdadera; porque ésta consiste en que la Sala no se ocupó de la cuestión suscitada sobre ignorancia de los legatarios.

2º Contradicción. En este capítulo, en el 23 que sigue y en el 36 habla de la nulidad de la manda, y estos capítulos están en contradicción con todos los otros en que habla de caducidad, porque nulo es lo que no existe ni ha existido, y caduco es lo que nació y cae porque no puede seguir viviendo:[1] «Une disposition testamentaire est caduque lorsque, sans être revoquée expréssément ni tacitement, elle se trouve privée de son effet par suite de causes autres qu'un vice qui l'annule dans le principe.»

Y como todos los capítulos son por nulidad ó por caducidad, este vicio hace ilegal la interposición de todos.

3º En el capítulo 23 se reclama por violación de esta misma ley, invocando como causa la frac. II, art. 711, luego hace ilegal la interposición por invocar las dos causas del 711.

1 Dalloz, t. 16, v. "Disposition entre-vifs et test." núm. 4,316.

4o Toda la fuerza de su raciocinio descansa en el supuesto de que no se puede saber quiénes sean los legatarios, supuesto completamente gratuito é inexacto, como lo demostraré al hacer el análisis del voto particular.

5o La ley citada no es aplicable al caso.

La sentencia recurrida explica perfectamente la inconducencia de esa ley: «Considerando octavo: que la ley 9a, tít. 9o, P. 6a, que se ha invocado en las alegaciones por la parte actora, habla de la designación del nombre de la persona á quien se ha dejado una manda, y en este *caso natural*, la manda no puede ser válida, por ignorarse quién sea esa persona agraciada con el legado, porque el objeto del testador es aquí el individuo mismo; pero el respeto que se debe á la postrera voluntad del hombre, la naturaleza propia del comunicado que descansa en que esa voluntad sea un secreto conocido tan sólo de los ejecutores á quienes se confiara, *hace inaplicable al presente negocio la citada ley.* La diferencia entre una designación pública como la que se hace al nombrar un legatario, y una manda reservada como la que se consigna en un comunicado, es palmaria, como lo es la que existe entre la publicidad y el secreto, y tal circunstancia hace de imposible aplicación las mismas reglas á uno que otro caso."

Si esa ley estuviera sola en las Partidas se entenderían por virtud de ella suprimidos los comunicados secretos, pues por virtud del principio que esa ley entraña se consideran en Francia suprimidos los comunicados secretos: "Le legs fait á un executeur testamentaire pour être employé selon les instructions se-

crétes du testatour, est radicalement nul, comme fait au profit d'une personne incertaine ou laissée á la volonté d'un tiers."[1]

La ley de Partida[2] dice así: «Diciendo el testador: Establezco por mis herederos á los pobres de tal Cibdad, ó de tal Villa; o: Mando por mi ánima, que sean dados todos mis bienes á pobres: porque dubdarían algunos, en quales pobres deben ser departidos los bienes del que fiziesse su testamento en esta manera, querémoslo departir, é mostrar," y otra ley[3] dice: "Si el fazedor del testamento mandasse dar á personas ciertas de lo suyo algunas cosas señaladas, ó cierta quantia de marauedis, e todos los otros bienes que ouiesse, dexasse en mano de alguno que estableciesse por su testamentario, otorgandole poder, que el segun su aluedrio los partiesse a pobres, tal testamentario como este, non puede dar mas a ninguna de aquellas personas ciertas, de quánto el le mando dar señaladamente en su testamento; maguer viesse el, que alguno de ellos era muy pobre, e seria bien de darle más de aquello que le hauia mandado el testador: como quier que puede partir los otros bienes que dexo en su poder el testador, entre las otras personas que non son señaladas, e lo han menester, assí como lo el tuuiere por bien."

En los casos de estas leyes, ¿está nombrada ciertamente la persona del legatario en el sentido que pretende el recurrente que debe de hacerse? Evidentemente que no. Luego la ley que cita no tiene el sentido

1 Dalloz, Repert, v. "Disp. entr. vifs et test." T. 16, núm. 331."
2 20, tít. 3, P. 6ª
3 3, tít. 10, P. 6ª

que se le atribuye ni es aplicable á casos como los de las otras leyes, que, con la relativa á los fideicomisos, son en las que descansan los comunicados secretos.

Dice Pérez de Lara:[1] «Et licet tam maximum sit incertitudinis vitium, ut per incertitudinem omnes actus inefficaces reddantur, ut scribit Menoch. *lib. 2 de Arbitrar. cent. 2 casu 188, núm. 1,* non tamem vitiat relictum in pias causas, sive in rebus, sive in quantitate, uti de personis, est textus *in 1. Id. quod pauperibus, C. de Episcopis* & *Clerisis,* ubi relictum pauperibus in genere, nulla persona specificata valet, textus in *1 Nulli, eo tit,* ubi relictum in redemptionem captivorum sustinetur, non obstante incertitudine personarum.»

El Emperador León[2] prohibía atacar como incierto el legado que se dejaba para la redención de cautivos, agregando que si designaba alguien como ejecutor «pro sua conscientia votum adimpleat testatoris» y agrega Gothofredo en el comentario: "Sumæ improbitatis est pia defunctorum judicia infringere."

La ley 14, tít. 5, P. 6ª, dice: «Fideicomisaria substitutio, tanto quiere decir en romance, como establecimiento de heredero, que es puesto en fe de alguno, que la herencia dexa en su mano, que la de a otro.» Las leyes 13, vers. la 6ª y 14, tít. 7, P. 6ª revelan la tolerancia de los fideicomisos tácitos, puesto que se ocupan de castigarlos cuando por ese medio llegaban á heredar personas inhábiles.

La confirmación plena de esta teoría, la suministra el Tribunal Supremo de España, quien en sentencia

1 De Anniv. et Capellan., lib. I, cap. X, núm. 73.
2 L. 28 pr. y § 1, C. De Episc. et Cler. 1, 3.



de 26 de Junio de 1862 decía, con motivo del testamento de Dª María de la O. Navarro: [1] «Considerando que la ley 14, tít. 5 de la Partida 6ª, cuyo objeto es definir y autorizar la sustitución fideicomisaria, si bien supone la existencia de dos personas, una que tiene la comisión ó encargo de entregar la herencia, y otra el derecho de recibirla, no prohibe que la designación de la segunda sea confidencial; y que la práctica y la jurisprudencia han autorizado que esa designación se haga, ora en cédulas ó papeles reservados, ora á la misma persona á quien se da la comisión.»

Arguye que el secreto es un secreto á medias y que el comunidado se completa con la revelación al Juez. Esto es interpretar la ley 9, t. 9, P. 6ª con el art. 20 de la ley de 10 de Agosto de 1857, para lo que hay que hacer contemporáneos á D. Alfonso el Sabio y á D. José Mª Iglesias.

CAPITULO XX

Violación del art. 1º del Código de Procedimientos: acción es el medio de hacer valer ante los Tribunales los derechos establecidos por la ley.—Violación del art. 26: son excepciones las defensas que pueden emplear el reo para impedir el curso de la acción ó para destruir ésta. Causa: violación de ley, frac. I, art. 711.

Fundamento: «La Sala niega la acción de herencia, porque niega el derecho de acrecer á favor de D. Ignacio Amor, y niega el derecho de acrecer, porque afirma que ha sido renunciado por transacción. La

1 Colección esp , t. 7, núm. 179.

transacción es una excepción perentoria cuyos elementos son distintos de los de la acción. La Sala confunde lastimosamente ambas cosas, cuando afirma que un solo hecho desvirtúa la acción y funda la excepción. Esta inteligencia de la Sala es contraria á la interpretación jurídica de los arts. 1º y 26 del Código de Procedimientos Civiles, que definen la acción y la excepción, y cuya interpretación funda las ideas no sólo de que tienen elementos propios una y otra, sino de que la existencia jurídica de la excepción supone la existencia jurídica de la acción. Cuando la acción no existe, se niega; sólo cuando existe se opone una excepción perentoria. La Sala, en el caso que ella afirma de que la excepción está probada, debía limitarse á declarar esto: mas sin conceder á la prueba de la excepción alcance para dar por no probada la acción.»

1º La queja es la misma que la del capítulo XIII aplicada allí á las acciones en general y aquí al derecho de acrecer; pero es el mismo el hecho que se supone violatorio y el concepto de la violación. Sin embargo, allí citó como violada la ley 8ª, tít. 13, P. 3ª, y aquí no la cita: allá no citó el art. 1º del Código de Procedimientos, y aquí sí le cita.

Son aplicables al presente las observaciones que allí se han hecho, con excepción de las relativas á la diferencia de citas.

2º La tercera resolución de la sentencia á que se refiere la queja se concreta de una manera perfectamente clara á la acción, sin confundirla con la excepción, y por lo mismo la queja es contra los Considerandos.

3º Concretada la queja á la acción, no tienen aplicación y por lo mismo no han podido infringirse las leyes relativas á las excepciones, ni el art. 26 que las define.

4º El recurrente no expone la disposición del art. 1º, ni fija el concepto en que, á su juicio, debe entenderse, por lo que falta claridad.

5º No relaciona el hecho con la disposición de la ley y falta, por lo mismo, el concepto de la violación.

6º El recurrente afirma que se confunden lastimosamente las ideas jurídicas cuando se afirma que un solo hecho *desvirtúa la acción y funda la excepción,* y la confusión lastimosa de las ideas jurídicas está en el cerebro de quien afirma esa incompatibilidad; porque el oficio de la excepción no es otro que el de modificar, desvirtuar ó destruir la acción.

Parece que quiere decir el recurrente que un mismo hecho no puede determinar la inexistencia de la acción y la existencia de la excepción, y ni esto es exacto, porque, por ejemplo, la renuncia de un derecho puede hacerse en tales condiciones que induzca á creer que el que hace la renuncia esté persuadido de que no tiene el derecho á que renuncia, y entonces el mismo hecho concurriría á demostrar la inexistencia de la acción y la existencia de la excepción.

Pero conste que si ese es el concepto del recurrente, no es el de la Sala, y por lo tanto, haría supuesto de la cuestión.

7º Hace supuesto de la cuestión al sostener que la Sala confunde la adquisición del derecho de acrecer, con la renuncia del mismo derecho, y para convencerse de que no es así basta el capítulo XXIV y el final del

Considerando 13°, que dice: «Resulta entonces que de esas tres condiciones *exigidas no se verifica* la primera, y como según el citado art. 21 deben concurrir juntamente las tres, no puede aceptarse que existiera ese derecho á favor de D. Ignacio Amor, y por lo tanto, tampoco existe en bien de los herederos de éste, que no son los reclamantes.»

8° Invoca la causa de la frac. I, art. 711, y en el capítulo XXII reclama como violado el mismo art. 1°, é invoca la causa de la frac. II, art. 711.

9° La queja consiste en que la Sala niega la acción aplicando á la demostración de la inexistencia de la acción los elementos que prueban la existencia de la excepción. Según el quejoso, si la Sala no hubiera padecido la confusión que le supone, habría tal vez declarado la existencia de la acción. Luego de lo que se queja es de haber dado á un elemento de prueba un alcance probatorio que no tiene; luego las leyes que pudieron violarse con el hecho que motiva la queja son las leyes reguladoras de la prueba.

CAPITULO XXI

Violación del art. 20 de la ley de 10 de Agosto de 1857: copiado en el capítulo X, revelación del comunicado.—Violación de la ley 23, tít. 9, P. 6ª: trata de los legados indeterminados: "Pero si el fazedor del testamento mandase a otro unas casas, e non las señalase, debe el heredero darle unas casas de las del testador, qual quisiere."

Fundamento: «La Sala afirma que el autor de la sucesión actora renunció al derecho de acrecer en el convenio de *29 de Mayo* de *1869, porque renunció en esa fecha á todo derecho que tuviera contra la testamentaría de D. Manuel Escandón, porque no se reservó derecho alguno;* y para llegar la Sala á esta afirmación tuvo que romper con *las enseñanzas de la ciencia* proclamando: que antes del hecho que determina el acrecimiento, existe el derecho de acrecer. Esta inteligencia de la Sala es contraria á la interpretación jurídica del art. 20 de la ley de 10 de Agosto de 1857, y de la ley 23, tít. 9, Part. 6ª, según las cuales el derecho de acrecer nace al producirse la causa que lo determina, y antes de la causa no existe derecho alguno. El error de la Sala, afirmando que existe el derecho de acrecer antes de la causa del acrecimiento, hizo que viera renuncia al derecho de acrecer en la renuncia á *todo derecho* que hizo en 1869 D. Ignacio Amor, cuando la caducidad del comunicado, causa del acrecimiento, no se había producido. Las actas de defunción de los ejecutores del comuni-

cado, que en su carácter de instrumentos públicos hacen prueba plena, según el art. 551 del Código de Procedimientos Civiles, proclaman que estos *murieron después* de 1869. Las actuaciones de este juicio que hacen prueba plena, según el art. 554 del mismo Código, dicen que la *causa invocada por el actor para la caducidad* del comunicado, es la ignorancia de su objeto, y que esa ignorancia ha sido producida por la muerte de los ejecutores. En Mayo de *1869 no habían muerto* los ejecutores del comunicado, no había ignorancia del objeto, no había caducado la manda, no había derecho de acrecer ésta á favor de D. Ignacio Amor. En la renuncia que éste hizo de *todos sus derechos* no quedó comprendido lo que no era derecho, no comprendido el derecho adquirido catorce años después. La inteligencia de la Sala contraria á la interpretación jurídica del art. 20 de la ley de 10 de Agosto de 1857 y de la *ley 33*, tít. 9, Part. 6ª, bajo los conceptos que dejo expresados, fundan el recurso contra la resolución 3ª de la sentencia, y contra la 4ª en la parte que da por probada la excepción de transacción.»

1º Empieza por asentar que la Sala afirma que la sucesión actora renunció al derecho de acrecer en el convenio de *29 Mayo de 1869*, y no nos dice qué clase de convenio es ese, ni dónde está, faltando así al requisito de precisión.

2º Y no es eso lo peor, sino que lo peor es que en autos no existe el convenio que se cita, ni le menciona la sentencia. El convenio que menciona la sentencia, en el Considerando décimo, y el que existe en autos, es de 28 de Mayo de 1869, no de 29 del propio

mes y año, como dice el recurrente, incurriendo en un supuesto falso.

3º Asienta el recurrente que la causa por él invocada para la caducidad consiste en la ignorancia del objeto del comunicado, y que así "lo dicen las actuaciones de este juicio que hacen prueba plena según el art. 554." La cita de la actuación judicial es indeterminada: la sentencia no asienta ese hecho, y no habiendo sido reclamada por ese motivo, el Tribunal de Casación carece de competencia para entrar al examen de los autos y averiguar si en efecto es ó no es exacto lo que dice el quejoso, quien hace supuesto de la cuestión. Ya hemos visto, cuando examinamos otra vez el escrito de demanda, que no es exacto que se invocara *la ignorancia* del objeto; lo que se invocó fué la ignorancia del comunicado, con lo que resulta otra vez falso el supuesto.

4º Asienta el recurrente que en 1869 no se había producido la caducidad, porque aun no se habían muerto los ejecutores, según lo acreditan las actas de defunción que hacen prueba plena, según el art. 551. Hace supuesto de la cuestión, porque la sentencia no asienta ese hecho y no la reclama por ese capítulo.

5º En el párrafo 1º de este capítulo expone el hecho que considera violatorio, en el párrafo 2º le relaciona con la ley 23, tít. 9, P. 6ª y en el párrafo penúltimo le relaciona con la ley 33 del mismo título y partida, que no reclama como violada, pues en el rubro dice se violó la 23, y en el párrafo penúltimo que la inteligencia de la Sala es contraria á la ley 33, con lo que resulta el concepto completamente obscuro y contradictorio.

6º Diga la sentencia lo que se quiera sobre el derecho de acrecer, no puede con ello violar el art. 20 de la ley de 10 de Agosto de 1857, ni la ley 23, tít. 9, P. 6ª, porque no tratan del derecho de acrecer ni de cosa que con él se relacione.

Tal vez el recurrente quiso citar el art. 21 de la ley de Agosto y la ley 33, tít. 9, P. 6ª; pero ni la Sala ni yo tenemos que ocuparnos de presunciones. Nada adelantaría con la rectificación de las citas, porque ni el art. 21 ni la ley 23 tratan de la causa que determina el acrecimiento, y porque más adelante demostraré que no es exacta la teoría del recurrente.

7º La Sala, además de la razón á que este capítulo se refiere, da sobre la misma materia la de que no existe la conjunción que requiere la ley para que haya el derecho de acrecer, y á esta razón se refiere la queja del capítulo XXIV, de manera que para que prospere uno de estos, tienen que prosperar los dos, pues de otra manera, el raciocinio se sostendría por una de las dos razones, y una queja respecto de la otra quedaría inepta por falta de interés. Están en el mismo caso el capítulo XXXVIII referente á transacción y renuncia, y el punto primero del capítulo XXXIX relativo á cosa juzgada, por razón de los arreglos de Mayo de 1869.

8º Lo alegado aquí está en contradicción con lo que dice el escrito de demanda de 18 de Junio de 1892: «El art. 20 de la ley de 10 de Agosto de 1857, bajo cuyo imperio se abrió la sucesión, consagra el derecho de acrecer á favor de los herederos á quienes se ha dejado una herencia en común en el mismo testamento, sin designar en él la parte de cada uno, cuyo

precepto es de aplicarse al comunicado secreto en el caso de que éste fuese declarado nulo, dados los términos de la cláusula 17ª de la memoria testamentaria. La testamentaría que represento es, pues, heredera condicional del valor del comunicado, y la condición es la declaración de nulidad de éste;» mientras que en el presente capítulo no habla de derechos condicionales.

9º Ni la ley de 10 de Agosto de 1857 ni las leyes de Partida son aplicables, según el concepto del recurrente. Nos habla de que el derecho que ejercita nació á la muerte del último ejecutor, es decir, en 1883, y entonces no puede estar regido por leyes que en esa época ya estaban derogadas. Debió pues invocar las disposiciones relativas del Código Civil de 1870, las que probablemente no citó, porque si bien este Código, lo mismo que el vigente, son más amplios que las leyes anteriores sobre el derecho de acrecer, le destruye de una manera expresa para el caso que se discute; pues el art. 3,917, igual al 3,656 del Código vigente, dice: «Si la falta del coheredero acaece después de haber aceptado la herencia, no hay lugar al derecho de acrecer; y su parte se trasmite á sus herederos.»

A mi juicio, si hubiera derecho de acrecer, habría nacido en la época de la apertura de la sucesión, y entonces serían aplicables las leyes en esa época vigentes. Mas según el recurrente, no nació entonces ese derecho, sino en 1883, y entonces es claro que debió invocar las leyes vigentes en esta fecha, y no las vigentes en aquella.

CAPITULO XXII

Violación del art. 1º del Código de Procedimientos: acción es el medio de hacer valer ante los Tribunales los derechos establecidos por la ley.—Causa: incongruencia, frac. II, art. 711.

Fundamento: «La Sala niega la acción de herencia, porque afirma que terminado el juicio de testamentaría, toda acción hereditaria ha terminado. Esta declaración de la Sala viola el art. 1º del Código de Procedimientos Civiles, que llama á la acción: «El medio de hacer valer los derechos.» Si los derechos son *posteriores á la sentencia, posterior á la sentencia tiene que ser el medio para hacerlos valer, posterior á la sentencia tiene que ser la acción. Posteriormente á la sentencia adquirió el derecho de acrecer D. Ignacio Amor,* porque *posteriormente á la sentencia de división* vino la caducidad de la manda, luego posteriormente á la sentencia tiene que ser la acción para hacer valer ese derecho de acrecer, fundado en la acción hereditaria. La Sala, al afirmar que después de la sentencia no cabe acción alguna, independientemente de que después de ella haya ó no derecho, se pone en contradicción con el artículo citado, que concede acción posterior cuando posterior es el derecho.»

1º Dice el recurrente: «Si los derechos son posteriores á la sentencia, posterior á la sentencia tiene que ser el medio para hacerlos valer, posterior á la sentencia tiene que ser la acción. Posteriormente á la sentencia adquirió el derecho de acrecer D. Ignacio

Amor.» ¿A qué sentencia se refiere el quejoso? No nos lo dice, y nadie tiene derecho de fijar cuál es esa sentencia que él no fijó, y no fijada esa sentencia, falta precisión al concepto, que es enteramente obscuro é incomprensible.

2º Nos dice que D. Ignacio Amor adquirió el derecho de acrecer posteriormente á la sentencia, "porque posteriormente á la sentencia de división vino la caducidad de la manda." El recurrente no dice cuándo adquirió, á su juicio, ese derecho el Sr. Amor, ni cuándo vino la caducidad de la manda, y sobre todo, no dice dónde y cómo está probada esa adquisición de derechos y esa caducidad que invoca. Luego falta precisión al concepto.

3º La afirmación del recurrente que hemos mencionado en el punto anterior, no la consigna la sentencia, ni el quejoso la reclama por esa omisión; luego la Sala de Casación no tiene competencia para examinar si es ó no exacto lo que el quejoso afirma, quien hace supuesto de la cuestión.

4º Y ese supuesto es completamente falso, porque no ha probado, ni podrá probar, que D. Ignacio Amor ha adquirido el derecho de acrecer y que ha caducado la manda, como tan gratuita como falsamente se asegura en el concepto que analizamos.

5º Concluye asegurando: «La Sala, al afirmar que después de la sentencia no cabe acción alguna independientemente de que después de ella haya ó no derecho, se pone en contradicción con el artículo citado, que concede acción posterior cuando posterior es el derecho.» Con esta aseveración, el recurrente hace un supuesto tan manifiestamente falso, que pone

á la luz del día la incuestionable mala fe con que litiga, y basta para ello ver lo que dice la sentencia al final de su Considerando duodécimo: «de esto, dice la sentencia, se desprende con toda claridad que terminada la testamentaría de D. Manuel Escandón, y terminada como lo fué, se extinguió del todo el derecho de acrecer que apoya la acción de herencia ejercitada en la demanda.»

Como se ve lo que la sentencia dice es que cuando concluye una testamentaría de la manera que concluyó la de D. Manuel Escandón, ya no queda á los herederos derecho alguno, concepto que no ha sido impugnado por el recurrente y que es completamente distinto del que le atribuye, suponiendo que dice que, aun cuando después de la sentencia de división naciera para los herederos algún derecho hereditario, no tendrían acción para hacerle valer en juicio.

6º Invoca la causa de la frac. II del art. 711, con lo que supone que la sentencia al fallar sobre el derecho de acrecer, la caducidad y la acción de herencia, falló sobre cosas que no eran objeto del juicio, y entonces, en primer lugar no se explica cómo con ese proceder se infringe el art. 1º que se invoca como violado.

7º Con ese hecho, en segundo lugar, se pone en contradicción con los demás capítulos en que reclama la sentencia, por suponer que no ha fallado bien sobre los puntos indicados, y esos capítulos son la mayor parte de los del recurso.

8º Invoca, como acabamos de ver, la violación del art. 1º por la causa de la frac. II art. 711, y en el cap. 20 invocó la violación del mismo art. 1º por la causa de la frac. I del art. 711,

CAPITULO XXIII

Violación de la ley 9, tít. 9, P. 6ª: los legatarios deben de ser ciertos.—Causa: incongruencia, frac. II, art. 711.

Fundamento: "La Sala niega la acción de herencia respecto del comunicado, porque afirma que aceptada la manda por los representantes del comunicado, debe pasar el comunicado á los herederos de los legatarios, y no á los herederos de D. Manuel Escandón. *Esta afirmación de la Sala sólo es cierta cuando los legatarios han adquirido derechos á la manda, no cuando la manda es nula, que es el caso actual, según lo proclaman los autos que hacen prueba plena, según el art. 554* del Código de Procedimientos Civiles, que da fuerza probatoria á las actuaciones judiciales. La ley 9, tít. 9, P. 6ª, dice: que las mandas son nulas cuando no se sabe *ciertamente* quiénes sean los legatarios, y si la manda es nula no produce efecto á favor de los beneficiados, ni de sus herederos. La Sala, al declarar que la nulidad de la manda produce derechos á favor de los herederos de los legatarios comprendidos en la manda, declara que la manda nula no es nula, sino que produce efectos, y viola la ley 9ª, tít. 9, P. 6ª."

1º Según el recurrente "*la Sala, al declarar que la nulidad de la manda produce derechos á favor de los herederos de los legatarios comprendidos en la manda,* declara que la manda nula no es nula." El recurrente no tiene derecho para sacar consecuen-

cias más ó menos lógicas de lo que dice la Sala, para venir después á sostener que, porque éstas consecuencias violan la ley, la violó la sentencia, sino que tiene que reclamar á ésta por lo que ella contiene.

2º La sentencia no establece lo que el recurrente asegura. La sentencia dice: «Tras de la división viene necesariamente la aceptación de la parte que en la herencia ha correspondido á cada uno, y esa aceptación trae forzosamente consigo una variación importante en los derechos de acrecer, á tal grado que los extingue, supuesto que aceptada la herencia ó legado, si *falta oportunamente el aceptante*, no entra ya á la masa común de la herencia el valor de una y otra, sino que queda en aptitud de transmitirse á las sucesiones del *aceptante que falta*,» esto que dice la sentencia no es *declarar que la nulidad de la manda produce derechos á favor de los herederos de los legatarios*. Lo que dice la sentencia ¿es igual, ó semejante, ó equivalente á lo que dice el quejoso? No tenemos derecho de preguntarlo: el quejoso asegura que así lo dice la sentencia, y nos basta demostrar que esto no es verdad, para que el recurso venga en supuesto.

3º Asienta también el recurrente: "Esta afirmación de la Sala sólo es cierta cuando los legatarios han adquirido derechos á la manda, no cuando la manda es nula, que es el caso actual, según lo proclaman los autos que hacen prueba plena, según el art. 554 del Código de Procedimientos Civiles, que da fuerza probatoria á las actuaciones judiciales." La sentencia no consigna los hechos que se han transcrito, no la reclama por ese concepto, y no tenemos por lo mismo de-

recho de averiguarlo, y es en consecuencia el segundo motivo por el que la queja viene en supuesto.

4º No solamente viene en supuesto por el motivo anterior, sino que el supuesto es completamente falso; pues es completamente falso que tengamos una manda nula *que es el caso actual, según lo proclaman los autos*, porque ni hay tal manda nula, ni el recurrente mostrará la constancia de autos que *proclame,* como con tanto énfasis se asegura, esa imaginaria nulidad.

5º Reclama la violación por la causa de la frac. II del art. 711, y el recurrente no explica cómo por esa causa se puede violar esa ley, ni yo comprendo cómo puede acontecer semejante cosa.

Esa fracción no puede ser invocada cuando se alega violación de fondo, porque ella sólo se refiere á forma de la sentencia.

6º En el capítulo XIX se reclamó la violación de esta misma ley, por la causa de la frac. I, art. 711, y en este capítulo se reclama por la frac. II, lo que hace viciosa la interposición.

7º La ley no es aplicable á los comunicados, según dejé demostrado en el capítulo XIX.

8º Este capítulo supone el XIX, y como allí no reclamó aptamente, viene en supuesto.

9º A su crítica acre sobre lo que resuelve la sentencia, basta para contestar el art. 3,656 del Código Civil vigente, bajo la advertencia de que lo que se dice sobre herederos, se dice también de legatarios, según el art. 3,660. Dispone el 3,656: «Si la falta del coheredero acaece después de haber aceptado la herencia, no hay lugar al derecho de acrecer.»

CAPITULO XXIV

Violación de la ley 8ª, tít. 33, P. 7ª: "Otrosi, Herencia es, la heredad e los bienes, e los derechos de algund finado; sacando ende las debdas que deuia e las cosas que y fallaren agenas." Violación del art. 21 de la ley de 10 de Agosto de 1857: "El derecho de acrecer competerá sólo á los herederos ó legatarios á quienes se haya dejado una herencia ó legado en común en la misma disposición testamentaria, y sin designar en ella la parte de cada uno de los coherederos ó colegatarios." Causa: Violación de ley, frac. I, art. 711.

Fundamento: «La Sala niega la acción de herencia, porque afirma que entre los objetos reservados á que se refiere la cláusula 16 del testamento de D. Manuel Escandón, y los hermanos y sobrinos, contenidos en la cláusula 17, no hay la conjunción que exige el art. 20 de la ley de 10 de Agosto de 1857. La Sala reconoce en el Considerando primero que el testador ordenó en la cláusula 16 del testamento, que dos terceras partes, deducidos los legados, se destinaran á objetos reservados; y que por la cláusula 17 mandó: que otra tercera parte se diera á nueve personas y á D. Ignacio Amor, como herederos. La Sala, acepta, pues, que el testador dejó sus bienes para que se los dividieran entre sí los objetos reservados de la cláusula 16, y las personas comprendidas en la cláusula 17. Establecido así el caso por la sentencia misma, resulta la violación de la ley 8ª, tít. 33, P. 7ª, que dice que *herencia es la heredad e los bienes e los derechos de algund finado.* Si la Sala reconoce que la heredad e los bienes e los derechos de D. Manuel Es-

candón, fueron aplicados por éste á los objetos reservados y á las personas de la cláusula 17, debía reconocer que la herencia de D. Manuel Escandón, formada de esos bienes, fué dejada en común para esos objetos, entre los que debía dividirse según la proporción marcada en el testamento. La ley de 10 de Agosto de 1857, en su art. 21 exige, para que haya el derecho de acrecer por conjunción, entre otros requisitos, dos que son distintos: que haya herencia en común, y que no haya designación de partes; luego esa ley reconoce que la herencia en común puede ser sin designación de partes y con designación de partes. El testador deja su herencia para dos grupos: el de la cláusula 16 y el de la 17, para que se la dividan en la proporción que él manda, luego la herencia fué en común. Al negar la Sala que haya habido herencia en común, viola la ley de Partida ya citada, y el art. 21 de la ley de 10 de Agosto de 1857.»

1º El recurrente, en el primer párrafo de este capítulo, asegura que la Sala afirma que entre los herederos de que habla la cláusula 17 del testamento de D. Manuel Escandón y los objetos reservados á que se refiere la cláusula 16, *no hay la conjunción que exige el art. 20 de la ley de 10 de Agosto de 1857.* Hace supuesto de la cuestión y supuesto falso, porque la sentencia no dice que falte la conjunción que exige el art. 20, sino que la sentencia dice, en su Considerando 13, que falta la conjunción que exige el art. 21 de esa ley.

Podrá presumirse que á ese art. 21 se quiso referir el recurrente, pero no tenemos derecho de guiarnos de presunciones cuando tenemos á la vista la verdad.

2º Nos dice en su razonamiento que el testador dejó una herencia en común para el comunicado y los herederos, lo que está en contradicción manifiesta con lo que dice en el capítulo XXVIII, en el cual se expresa así: «Habiendo ya dispuesto el testador de dos terceras partes por la cláusula 16, no le quedaba por disponer más que de una tercera parte. Decir: dejo á mis herederos el resto de mis bienes, ó decir: les dejo la tercera parte restante, era decir lo mismo, dado el antecedente de la cláusula 16.» Donde se ve que el mismo recurrente coloca la manda de la cláusula 16 en la categoría de los legados, y que sólo quedaba de herencia la parte comprendida en la cláusula 17.

También está en contradicción con sus alegaciones en el capítulo XXVII, pues dice que todos los interesados llamaron herederos á las personas nombradas en la cláusula 17 y *llamaron legatarios á personas que no estaban comprendidas en la cláusula 17*, y lo está con el capítulo XXIX porque en éste dice que el sentido de la cláusula es que les deja el tercio «porque ya dispuse de dos tercios, y el tercio es todo el resto de mi fortuna.» Donde está enteramente claro es en los capítulos 19 y 23, en donde intenta fundar la nulidad del comunicado aplicando la ley 9, tít. 9, P. 6ª referente á legatarios.

No digo yo que estas alegaciones sean ó no sean exactas, digo que este es el concepto del recurrente en los capítulos XIX, XXIII, XXVII, XXVIII y XXIX, y ese concepto es enteramente contrario al que sostiene en el presente capítulo, lo que hace viciosa la interposición en este capítulo y en aquéllos.

3º Continúa el recurrente: "Establecido así el caso

por la sentencia misma, resulta la violación de la ley 8ª, tít. 33, P. 7ª....," y continúa explicando el concepto de la violación de esta ley; concepto que será más ó menos exacto, pero que sí sería claro, dados los dos antecedentes que le preceden. Pero acabo de demostrar en los puntos primero y segundo que esos dos antecedentes no existen; luego quedó sin concepto la infracción de la ley 8ª, tít. 33, P. 7ª.

4º Esa ley no es aplicable al caso ni puede ser infringida por la sentencia, aun cuando hubiera dicho todo lo que supone el recurrente. Para que se infringiera esa ley era preciso que hubiera una sentencia que dijese que la herencia es cosa distinta de los bienes y derechos de un finado, ó bien que dijera que los bienes ó derechos de un finado no son herencia, y la sentencia no dice ninguna de estas dos cosas, ni el recurrente sostiene ni podía sostener que lo dice. En términos más claros: la sentencia no dice que no exista una herencia, sino que en el caso no hay herencia *en común*, y la ley citada no habla una palabra sobre cuándo corresponde á diversas personas ó deja de corresponderles una herencia en común.

5º Ni la ley ni el artículo citado han podido ser violados, porque se trata de si existe ó no una herencia dejada en común, y las leyes que sirven para estimar que determinadas constancias justifican que D. Manuel Escandón dejó una herencia en común en las cláusulas 16 y 17, son las leyes reguladoras de la prueba, que son las aplicables y que serían las violadas si se hubieran aplicado mal.

6º Hace supuesto de la cuestión, pues omite referir que por los arreglos de 28 de Mayo de 1869, esos dos

tercios quedaron separados para *siempre* del resto de los bienes, y á esa circunstancia alude la sentencia en el Considerando décimo, y separadas para siempre las dos terceras del tercio, ni hay, ni puede haber, ni puede argüirse conjunción.

7º A la violación del art. 21 de que habla el rubro y el final del capítulo, le falta también el concepto y descansa en supuesto por la cita del art. 20 y por la contradicción con los otros capítulos citados, y ese artículo tampoco puede ser violado bajo los conceptos que expresa el recurrente, porque él exige para la conjunción una herencia en común; pero no dice cuándo y cómo existe esa herencia en común; así es que al suponer que se ha violado, se hace supuesto de la cuestión y se incurre en una petición de principio.

«Que son improcedentes las citas de infracciones para las que se parte de peticiones de principio, poniendo como premisa lo que es necesario demostrar.[1]»

8º Ya se ha dicho en capítulos anteriores que si el recurrente sostiene que no nació el derecho de acrecer sino hasta 1883, no puede buscar sus requisitos en leyes que ya entonces estaban derogadas.

9º El art. 21 dice que hay derecho de acrecer entre los conjuntos, y si la sentencia dice que no hay conjunción cuando sí la hay, lo que violaría no es el art. 21 sino la ley reguladora de la prueba.

1 Sentencia de la Sala Civil. Febrero 27 de 1894, t. 75, núm. 59, pág. 284.

CAPITULO XXV

Violación de la ley 19, tít. 22, P. 3ª: "Afinado juyzio que da el Juzgador entre las partes derechamente, de que non se alçe ninguna dellas fasta el tiempo que dize en el Título de las alçadas ha marauillosamente gran fuerça; que dende adelante son tenudos los contendores, e sus herederos, de estar por el."—Violación de la ley 114, tít. 18, Part. 3ª: "Valer deuen las cartas para prouar con ellas los pleytos sobre que fueron fechas."—Violación del art. 554 del Código de Procedimientos Civiles: "Las actuaciones judiciales hacen prueba plena."—Causa: violación de ley, frac. I, art. 701.

Fundamento: «La Sala niega la acción de herencia, porque declara que D. Manuel Escandón dejó á las personas comprendidas en la cláusula 17 de su testamento, entre las que figura D. Ignacio Amor, *sólo el tercio de sus bienes, y no la universalidad.* Esto *equivale* á afirmar que D. Ignacio Amor fué legatario, y no heredero. Con esta inteligencia, la Sala ha infringido las siguientes leyes: I. La ley 19, tít. 22, Part. 3ª, que dice: que la sentencia obliga á los contendores e sus herederos. En los autos de la testamentaría de D. Manuel Escandón, que obran como prueba en este juicio, existe la *resolución de 30 de Julio de 1862*, por la que el *Juez 5º* de lo Civil, *previa aceptación de la herencia, bajo el beneficio de inventario, declaró herederos* de D. Manuel Escandón á las personas comprendidas en la cláusula 17 de su testamento, y entre éstas á *D. Ignacio Amor.* En ese juicio fueron partes D. Antonio Escandón y D. Alejandro Arango, cuyos herederos son los reos

en esta contienda. La Sala, al negar á D. Ignacio Amor el carácter de heredero, afirma que la declaración del *Juez 5º* de lo Civil no obliga á los herederos de los que litigaron en el juicio hereditario de D. Manuel Escandón, puesto que no admite contra los reos el carácter de *heredero* que dicho Juez atribuyó á D. Ignacio Amor. La resolución judicial citada consta de los autos referidos, y su fuerza probatoria viene de la interpretación de la ley de introducción al tít. 18, Part. 3ª, la ley 114 del mismo título y Partida, y del art. 554 del Código de Procedimientos Civiles, que dan fuerza probatoria: las dos primeras á los actos de escribano, y el tercero á las actuaciones judiciales.»

1º El actor, en el rubro del capítulo, habla de la violación de la ley 114 y del art. 554, pero en el fondo del capítulo no habla de que se hayan infringido esas disposiciones.

2º No nos da tampoco el concepto de la infracción de las mismas.

3º La base de la reclamación es la resolución del Juez de la testamentaría, de fecha 30 de Julio de 1862. La sentencia no consagra este hecho: no se reclama contra ella, porque no le establezca, y no podemos por lo mismo averiguar, por falta de competencia para el caso, si en efecto existe ó no esa resolución, y si dice ó no lo que asienta el recurrente.

4º Y además, el supuesto es falso, porque se dice que esa resolución fué dictada por el *Juez 5º* de lo Civil, y la testamentaría de D. Manuel Escandón, en esa fecha, no estaba radicada ante el Juez 5º de lo Civil, sino ante el Juez 1º, Lic. José Ignacio Baz, quien

la dió por radicada el 8 de Julio de 1862, y que el 30 de Julio pronunció un auto sobre declaración de herederos; pero sin dejar de ser Juez 1º para pasar á ser Juez 5º, como supone el quejoso.

5º El recurrente no reclama proposiciones asentadas en la sentencia, sino que una proposición de la sentencia la convierte en otra, más ó menos equivalente, ó más ó menos semejante, y esta otra es la que pretende demostrar que es contraria á la disposición de la ley, y si consiguiera su objeto, resultaría que la proposición del recurrente era la contraria á la ley, y no la proposición de la sentencia.

Así en efecto se ve que asegura que la Sala declara que D. Manuel Escandón nombró herederos por la cláusula 17 dejándoles «sólo el tercio de sus bienes y no la universalidad» *y «esto equivale*, continúa el quejoso, á afirmar que D. Ignacio Amor fué legatario y no heredero.» Se busca pues la analogía entre la proposición de la sentencia y otra proposición del recurrente, para venir á establecer la discusión sobre ésta, y ni la Sala ni yo debemos discutir sobre esta proposición, ni averiguar si hay ó no la analogía que se supone entre ella y la de la sentencia; pues bastará decir que la razón aplica á esas disposiciones lo mismo que á las leyes, y que no procede la casación por analogía. Enseña Crépon:[1] "La violation ou la fausse interprétation de la loi, n'existent qu'autant que l'objet du litige tombe d'une façon formelle sous l'application du texte de loi qu'on invoque devant la Cour de cassation. Celle-ci ne saurait procéder par

1 Loc. cit., t. 3, lib. 3, cap. 3, núm. 81.

voie d'analogie pour user des pouvoirs qui lui sont conférés et anéantir des décisions de cours souveraines. C'est avec raison que Poncet enseigne qu'il n'y a pas contravention á la loi lorsqu'un tribunal refuse d'étendre la loi par analogie d'un cas á un autre, quelque raisonnable que peut être l'induction qu'il n'aurait pas voulu admettre."

CAPITULO XXVI

Violación de la ley 114, tít. 18, Part. 3ª: "Valer deuen las cartas para probar con ellas los pleytos sobre que fueron fechas."—Causa: violación de ley, frac. I, art. 711.

Fundamento: «La Sala, con los hechos enunciados en el *capítulo anterior*, ha violado la ley 114, tít. 18, P. 3ª, que manda que las escrituras públicas prueben el acto que consignan y en la forma que lo consignan. El testamento de D. Manuel Escandón, hecho ante escribano, da carácter de *únicos y universales herederos* á diez personas, entre las que figuran D. Ignacio Amor. La Sala, al negar tal carácter de heredero á D. Ignacio Amor, se pone en contradicción con lo que dice la escritura pública del testamento, y viola la ley citada. La existencia de ese testamento lo prueban los autos, la ley 114, tít. 10, P. 3ª, el proemio al título 18, P. 3ª y el art. 554 del Código de Procedimientos Civiles, cuando las dos primeras dan fuerza probatoria á los actos de escribano; y el tercero á las actuaciones judiciales.»

1º Bastan los dos primeros renglones de este capítulo para inutilizar todo el capítulo. Empieza el recurrente por decir: «La Sala, con los hechos enunciados en el capítulo anterior, ha violado la ley 114, tít. 18, P. 3ª,» y no se puede concebir mayor indeterminación, mayor falta de precisión, mayor irregularidad que enunciación semejante en un recurso de casación.

No voy á enumerar todos los hechos del capítulo anterior ni compararlos con la ley 114, y me bastará preguntar: ¿cómo y de qué manera el hecho de que exista una ley 19, tít. 22, de la Partida 3ª, ó el hecho de que esta ley diga que la sentencia obliga á los litigantes y á sus herederos, ó el hecho de que en los autos de la testamentaría de D. Manuel Escandón exista una resolución de 30 de Julio de 1862, han de determinar la infracción de la ley 114 antes citada?

2º Si la base de la reclamación que este capítulo contiene consiste en los hechos del capítulo anterior, lo dicho allí es aplicable en su mayor parte al capítulo que analizamos.

3º Absolutamente se comprende lo que significa ó lo que quiere decir el último párrafo de los fundamentos antes copiados.

4º Asegura el quejoso que la sentencia niega el carácter de heredero á D. Ignacio Amor, lo que es un supuesto completamente inexacto; porque la Sala reconoce á D. Ignacio Amor, Considerando 14, como heredero en unión de los demás mencionados, aunque sólo en el tercio restante. Hace pues, el recurrente, supuesto de la cuestión y supuesto falso.

5º Está en contradicción con el capítulo XXIV, según el cual también era heredero el comunicado.

CAPITULO XXVII

Violación de la ley 114, tít. 18, Part. 3ª ya copiada.—Violación del art. 554 del Código de Procedimientos ya copiado.—Causa: violación de ley, frac. I, art. 711.

Fundamento: «La Sala, con los hechos consignados en el capítulo XXV, ha violado la ley 114, tít. 18, P. 3ª, bajo otro aspecto. El testamento de D. Manuel Escandón ha sido entendido por D. Antonio Escandón y por D. Alejandro Arango en el sentido de que el testador instituyó herederos y no legatarios, á las personas comprendidas en la cláusula 17, puesto que aquellos pidieron la *declaración de herederos* á favor de las personas registradas en la cláusula 17, que *ellos aceptaron bajo beneficio de inventario la herencia* dejada en la cláusula 17, que ellos llamaron *legatarios* á personas que no estaban comprendidas en la cláusula 17. Esta inteligencia, que fué unánime entre todos los herederos, fija irrevocablemente el sentido del testamento. La Sala, al negar á D. Ignacio Amor el carácter de *heredero,* se pone en abierta contradicción contra esa inteligencia, que es la interpretación jurídica del testamento, y *viola la ley de la prueba.* Que D. Antonio Escandón y D. Alejandro Arango entendieron el testamento como lo dejo expresado, consta de los autos de la testamentaría de D. Manuel Escandón, que, como actuaciones judiciales, tiene fuerza probatoria conforme al proemio y ley

114 del tít. 18, P. 3ª y art. 554 del Código de Procedimientos Civiles.»

1º Empieza por decir el recurrente que la Sala ha violado la ley que cita, «con los hechos consignados en el capítulo XXV,» y repito lo que he dicho sobre igual frase en el capítulo anterior.

2º No determina el concepto de la violación de la ley 114, y no dice una palabra para expresar el concepto de la violación del art. 554.

3º Afirma el recurrente que todos los interesados en la testamentaría entendieron el testamento en el sentido de que los nombrados en la cláusula 17 eran herederos. ¿Dónde, cuándo y cómo expresaron los interesados esa inteligencia? No lo dice el quejoso, con lo que deja el capítulo sin la precisión requerida.

4º Dice el quejoso que D. Antonio Escandón y D. Alejandro Arango pidieron la declaración de herederos, y este hecho no está mencionado siquiera en el capítulo XXV á que se refiere. Naturalmente no le menciona la sentencia, ni la reclama por este motivo, ni menciona tampoco la inteligencia de todos los interesados, ni reclama por ello. La queja viene en supuesto.

5º Recuérdese que he hecho notar en el capítulo XXIV, que lo en él asentado está en contradicción con lo que dice en éste y en el siguiente.

CAPITULO XXVIII

Violación de la ley 5ª, tít. 33, P. 7ª: Las palabras del testador deben ser entendidas llanamente y como suenan si no aparece ciertamente que sea otra su voluntad.—Causa: violación de ley, frac. I, art. 711.

Fundamento: «Los hechos que dejo consignados en el capítulo XXV, violan también la ley 5ª, tít. 33, P. 7ª, que ordena que las palabras del fazedor del testamento deben ser entendidas *llanamente así como suenan* e non se debe el Judgador *partir del entendimiento de ellas* fueras ende cuando apareciere *ciertamente* que la voluntad del testador fuera otra que non como suenan las palabras que están escritas. —La Sala reconoce que D. Manuel Escandón dejó dos terceras partes de su herencia para el comunicado, y que después instituyó *herederos* en la otra tercera parte á diez personas, entre las que está D. Ignacio Amor.—La sentencia no dice que esos herederos fueron instituídos con el carácter de *universales;* pero esto consta del mismo testamento y de las leyes de la prueba que mandan se dé fe á las cartas de los escribanos ó escrituras públicas, siendo esas leyes la 114, tít. 18, P. 3ª, y el art. 551 del Código de Procedimientos Civiles.—La Sala, para no entender la palabra *universal* en el sentido de *universal*, se funda sólo en que el testador dijo: únicos herederos en la otra tercera parte *restante*.—Habiendo ya dispuesto el testador de dos terceras partes por la cláusula 16, no le

quedaba por disponer más que de una tercera parte. Decir: dejo á mis herederos el resto de mis bienes, ó decir: les dejo la tercera parte restante, era decir lo mismo, dado el antecedente de la cláusula 16.—Lo más que podría surgir de esa redacción sería la siguiente duda: ¿Dejó el testador á sus «llamados herederos universales» la tercera parte, porque era todo el resto de sus bienes, ó porque quiso restringir su derecho de una manera exclusiva al tercio?—Si la redacción admite dos explicaciones: una que no contradice sus palabras, y otra que las contradice, no aparece con la *certidumbre* que exige la ley de Partida, que la voluntad del testador fuera contradictoria con las palabras que usó. Y si no hay tal *certidumbre*, las palabras deben entenderse como suenan, esto es, las palabras "herederos universales" deben entenderse "herederos universales."—La Sala se ha puesto frente á los preceptos de esta ley, apartándose del sentido expreso del testamento, sin la certidumbre que exige la ley para no entender llanamente los términos; y al afirmar que D. Manuel Escandón no quiso instituir herederos universales, ha violado, en consecuencia, la ley 5ª, tít. 38, P. 7ª.»

1º Empieza diciendo "los hechos que dejo consignados en el capítulo XXV violan, etc.," y repito lo que en los dos capítulos anteriores he dicho sobre locución semejante.

2º El rubro del capítulo dice: «Violación de la ley 5ª, tít. 33, P. 7ª:» en el primer párrafo expone el precepto de esa ley, respecto del cual y diversas constancias de autos sigue raciocinando, y deduce de todos esos raciocinios: «ha violado, en consecuencia, la ley

5ª, tít. *38*, P. 7ª,» y esta ley del tít. 38 no ha sido expuesta, ni podía serlo porque no existe, pues la P. 7ª no tiene tít. 38, sino que sólo contiene 34 títulos.

3º Reconoce el quejoso que la sentencia no atribuye á los herederos el carácter de universales, y entonces es inútil que nos diga si esto consta ó no en documentos auténticos y que nos cite ó nos deje de citar las leyes que les dan ó niegan fuerza probatoria. Lo que debió de hacer y no hizo era reclamar la sentencia por esa omisión, como violando con ella las leyes reguladoras de la prueba, y por no haberlo hecho así, la queja viene en supuesto.

4º Recuérdese que en el capítulo XXIV hice notar la contradicción con el presente.

CAPITULO XXIX

Violación de la ley 114, tít. 18, P. 3ª: ya copiada.—Causa: violación de ley, frac. I, art. 711.

Fundamento: "La Sala, al interpretar la cláusula 17 del testamento de D. Manuel Escandón, *sustituyendo á las palabras* «únicos y universales herederos» la palabra «legatarios,» ha violado la ley 114, tít. 18, P. 3ª, bajo otro concepto.—Es un principio jurídico de interpretación que de dos sentidos que pueden darse á una cláusula, debe preferirse el que no hace inútiles sus palabras.—La cláusula del testamento puede tener dos sentidos: 1º, dejo á mis «únicos y universales herederos» el tercio, porque ya dispuse

de dos tercios, y el tercio es todo el resto de mi fortuna. 2º «Dejo á mis *únicos y universales herederos* el tercio, porque no quiero que tengan más que ese tercio, ni un centavo más.»—El segundo sentido, que es el aceptado por la Sala, hace de los herederos *legatarios* y los hace *únicos legatarios*, puesto que el testador dijo *únicos herederos*.—Las palabras *herederos universales*, quedan borradas por esta interpretación.—La palabra «únicos» queda contradicha por los demás legados que dejó D. Manuel Escandón, y que reconoce la Sala.—El primer sentido deja subsistir las palabras usadas.—Las personas instituídas son «herederos universales y únicos.»—Aceptar de estos dos sentidos el que suprime las palabras «únicos y universales herederos,» y rechazar el que las conserva, es admitir la interpretación que combaten los principios jurídicos.—La Sala, al admitir la interpretación que consagra, violó la ley 114, tít. 18, P. 3ª, que obliga á respetar la inteligencia de una escritura pública formulada por la interpretación jurídica.»

1º Se funda la queja en que la Sala sustituyó á las palabras «únicos y universales herederos,» la palabra «legatarios,» y como no se halla en la sentencia el empleo de esta palabra por aquella, resulta que hace supuesto y supuesto falso.

2º Otro de los elementos de la queja es la de que, al hacer la supuesta sustitución, ha faltado la Sala á la regla de interpretación de que de dos sentidos que puede tener una cláusula ha preferido aquel que deja sin sentido unas palabras á el en que todas las palabras tienen una significación natural. Luego lo infringido sería ese principio y la ley que le establece, es

decir, la ley 2, tít. 33, Part. 7ª que es la que dice: "Dubda puede acaescer en los pleytos, o en las posturas, que los omes ponen entre si: e quando acaesce, deue catar el Judgador, ante quien acaesciesse tal contienda, que si la postura sobre que es la dubda, es atal, que non puede valer si non segund el entendimiento de la vna parte, e non segund la otra; que estonce la deue interpretar, e declarar, segund el entendimiento de la parte porque puede valer la postura, e non segund la otra.

3º Recuérdese que en el capítulo XXIV se ha fundado la contradicción con el presente.

CAPITULO XXX

Violación del art. 354 del Código de Procedimientos: "El que afirma está obligado á probar, en consecuencia, el actor debe probar su acción y el reo sus excepciones."—Violación del art. 355: "El que niega no está obligado á probar sino en el caso de que su negación envuelva afirmación expresa de un hecho."—Causa: violación de ley, frac. I, art. 711.

Fundamento: "La Sala niega la acción de caducidad, porque en su concepto no se ha probado que no se ha cumplido el comunicado, y á su juicio no se ha probado esto, porque aunque *los valores de la manda están en poder de los Sres. Escandón y Barron*, pueden estar en virtud del cumplimiento del mismo comunicado.—La Sala, al afirmar que no está probado que el comunicado no se haya cumplido, ha violado los arts. 354 del Código de Procedimientos Civiles,

que obliga á probar el hecho al que lo afirma; y el 355 del mismo Código que dice: que el que niega no tiene que probar su negativa, sino cuando ésta envuelve la afirmación de un hecho, artículos que en su interpretación jurídica significan: que se dan por probadas las situaciones jurídicas distintas de la que se debió probar, y que no se probó.—*El actor ha negado el cumplimiento* del comunicado, los reos lo afirman.—Al actor no toca la prueba.—Los reos no han probado, como debían, el hecho del cumplimiento que se debía probar. No probado un hecho, se tiene por probada la ausencia del hecho. La Sala impone la prueba de la negación del cumplimiento al actor, á quien la ley exonera, porque su negación de que el comunicado haya sido cumplido no implica afirmación de un hecho. Si los Jueces no pueden admitir lo que no está probado, tienen que admitir la situación que resulta de no admitir el hecho. No admitido el cumplimiento, tiene que admitirse la falta de cumplimiento.—La Sala, al declarar que no está probada la falta de cumplimiento, ha violado los artículos citados que en su interpretación jurídica obligan á aceptar como probada una negación, *cuando la afirmación* no ha sido probada.»

1º La queja descansa en que la sentencia asegura que los «valores de la manda están en poder de los Sres. Escandón y Barron,» y la sentencia no asegura tal cosa. La sentencia dice á este respecto: «Considerando 16º. Pero en ese cúmulo de probanzas, no se encuentra alguna que venga á justificar un hecho que debe estimarse como el más grande sostén de la demanda entablada, á saber: *que no se ha cumplido*

con el comunicado secreto tantas veces mencionado, y que es contrario á las leyes. En efecto, pretende hacerse descansar la prueba en este punto en la *falibilidad de otra presunción*, diciéndose, que supuesto que los valores de más importancia que se aplicaron á la manda reservada, se encuentran en poder de los herederos de D. Antonio Escandón, es de creerse que no se ha cumplido con el fin de la manda; pero debe observarse en bien de la igualdad del raciocinio, que de esa circunstancia misma se puede deducir, *que ha sido cumplido,* toda vez que no es imposible que tal hubiera sido alguno de los mandatos secretos del testador. No; en el presente caso no basta esa lógica que tiene en su contra la ignorancia del comunicado; que tropieza con la barrera insuperable de la *imposibilidad* actual de saberse el contenido; que se opone por completo al principio jurídico que quiere *que la prueba sea tan clara como la luz del día.* Sin conocerlo, no es posible asegurar con tranquilidad de conciencia que no ha sido cumplido, ni que es contrario á la ley; la reprobación por ignorancia, es, pues, insostenible.»

Como se ve, es enteramente falso que la sentencia diga que existen valores de la manda en poder de los Sres. Escandón y Barron; lo que hace es examinar un argumento de la parte contraria, y de ello no dejan duda alguna estas palabras ya copiadas y que vuelvo á repetir: «En efecto, pretende hacerse descansar la prueba en este punto, en la falibilidad de otra presunción, *diciéndose,* que supuesto que los valores de más importancia que se aplicaron á la manda reservada, se encuentran en poder de los herede-

ros de D. Antonio Escandón, es de creerse que no se ha cumplido con el fin de la manda.» Resulta entonces que el recurrente hace maliciosamente supuesto de la cuestión, y que el supuesto es enteramente falso.

2º Toda la argumentación del actor descansa en esta afirmación suya: «No probado un hecho, se tiene por probada la ausencia del hecho,» y esto es confundir la existencia real de una cosa, con la demostración de su existencia. No está demostrada la existencia de seres vivientes en los planetas, y de aquí no se infiere que no existan.

3º Los artículos que cita no tienen la significación que les atribuye, y en consecuencia, no han sido violados ni podido ser violados por la sentencia, bajo el concepto que expresa el recurrente, haciendo supuesto de la dificultad.

Lo anteriormente expuesto se verá más claro, cuando al examinar el recurso en el fondo, nos ocupemos del sentido de los artículos citados en armonía con otras disposiciones legales.

4º La queja descansa en lo siguiente: «El actor ha negado el cumplimiento del comunicado.» No dice cuándo. No lo dice la sentencia, ni reclama por la omisión. No lo dice tampoco la demanda, y por lo mismo hace supuesto y supuesto falso.

CAPITULO XXXI

Violación del art. 3º de la ley de 23 de Diciembre de 1843: "Se tendrán por comprendidos también en la misma ley — la de 18 de Agosto anterior sobre pensión de herencias — los comunicados secretos, y no se estimarán efectuados, sino justificándose ante el Juez, con presencia é intervención del promotor fiscal, y con la conveniente reserva."—Causa: violación de ley, frac. I, art. 711.

Fundamento: «La Sala niega la acción de caducidad porque no se ha probado la falta de cumplimiento del comunicado, y en su concepto no está probado el no cumplimiento del comunicado, porque *aunque los valores de éste* se hallan en poder de los Sres. Escandón y Barron, esto puede haber sido efecto del cumplimiento del comunicado.—Esta afirmación de la Sala, que rige la tercera resolución de la sentencia, viola el art. 3º de la ley de 23 de Diciembre de 1843, que dice que los comunicados «no se estimarán ejecutados sin justificación.»—La Sala admite que el comunicado puede haber sido cumplido, en virtud de un hecho que, en su sentir, tanto puede significar que se cumplió como que no se cumplió, esto es, la Sala admite el cumplimiento sin que haya sido justificado, y viola el art. 3º de la ley de 23 de Diciembre de 1843.»

1º La base de la reclamación consiste en que la sentencia declara que existen bienes en poder de los Sres. Escandón y Barron, y como esto no es verdad porque la sentencia no dice semejante cosa, la queja viene en supuesto, y el supuesto es falso.

2º El recurrente asegura que la Sala admite que se

cumplió, *esto es*,—dice textualmente—*la Sala admite el cumplimiento sin que haya sido justificado*, y la Sala no asienta esa proposición. El quejoso, en éste, como en casos anteriores, convierte la proposición de la sentencia en otra distinta, y después discurre sobre ésta, y he asentado que éste no es proceder correcto en casación y que no tenemos que seguirle en su camino.

3º La Sala en el Considerando 16 que hemos transcrito en el capítulo anterior, examina un argumento y una hipótesis, y dice que si fuera así "*no es imposible* que tal hubiera sido alguno de los mandatos secretos del testador," y este concepto no ha sido impugnado por el recurrente.

Lo único que afirma la Sala es una *posibilidad*, y el recurrente no niega esa posibilidad ni la niega tampoco la disposición que se cita de 23 de Diciembre de 1843.

4º Más adelante demostraré que esta disposición no es ley.

5º Este raciocinio de la sentencia es hipotético y á mayor abundamiento.

CAPITULO XXXII

Violación del art. 439, frac. II, Código de Procedimientos: Son documentos públicos los expedidos por funcionarios que desempeñan cargos públicos.—Violación del art. 551: los instrumentos públicos hacen prueba plena.—Violación del art. 554: las actuaciones judiciales hacen prueba plena.—Violación del art. 546, la confesión judicial hace prueba plena.—Causa: violación de ley, frac. I, art. 711.

1º Funda la queja en que la Sala no cree probado el comunicado, porque es posible que los valores de él estén en poder de los Sres. Escandón y Barron á título de cumplimiento de la manda, y hace con ese concepto supuesto de la cuestión; porque, como ya he repetido varias veces, la Sala no afirma que existan valores de esa clase en poder de los demandados, sino que únicamente examina un argumento de la parte contraria.

2º En el rubro del capítulo pone las violaciones que quedan apuntadas, y después de varias argumentaciones concluye al fin diciendo que la Sala "ha violado la ley 114, tít. 18, Part. 3ª y los arts. 554 y 551 del Código de Procedimientos Civiles," y como se ve, se incluye aquí la ley 114 que no estaba en el rubro y no menciona el art. 439, frac. II, que define los instrumentos públicos, y el art. 546 que se refiere al valor de la prueba de confesión.

3º Asienta el recurrente: "Los valores aplicados al comunicado, que están en poder de los Sres. Escandón y Barron, ó en sí mismos ó en su precio, son: el

templo de San Agustín, el valor de 25 por 100 de la subvención al ferrocarril de Veracruz, y el precio de ese ferrocarril consistente en dinero efectivo y en acciones ordinarias de primera y segunda preferencia."

Sobre estos particulares la sentencia de primera instancia en su Considerando 22 dice: "Que de las piezas de autos resulta que el convento de San Agustín se decomisó á la testamentaría de D. Manuel Escandón, para satisfacer una multa que le debía afectar y no á D. Antonio Escandón." y en el Considerando 23 declara "que la concesión del ferrocarril pertenecía á D. Antonio Escandón y no á D. Manuel Escandón." La sentencia de segunda instancia no establece á quién pertenecieran estos valores; pero tampoco contradice las aseveraciones de la de primera instancia, á las que al contrario, se refiere la primera en su parte final. Sobre todo, supuesta la omisión referida, y no habiendo reclamado el recurrente la sentencia por esa omisión, no podemos discutir sobre esos puntos respecto de los cuales el recurrente hace supuesto de la cuestión.

4º En el mismo caso se halla todo lo que nos dice sobre el expediente administrativo referente al templo de San Agustín, á que no se le aplicó al Gobierno á título gratuito, y á que con él pagó D. Antonio Escandón la multa que se le impuso. Por supuesto que el expediente y constancias á que se refiere prueban de una manera plena é inconcusa todo lo contrario de lo que sostiene el recurrente. Lo mismo acontece con lo que dice sobre la subvención.

5º En el mismo caso se halla el examen de las posiciones á D. Pablo Escandón y á D. Félix Cuevas, y

que tampoco prueban lo que el recurrente pretende.

6º En igual caso se hallan las escrituras de 24 y 26 de Septiembre de 1881, referentes á la casa de San Cosme y templo de la Concepción, porque podía suceder que con otros valores no aconteciera lo que con esos.

7º Como ya se ha dicho antes, y como el quejoso lo reconoce en esta misma reclamación, lo que la Sala ha establecido es una posibilidad, y ninguna de las leyes ni argumentos que se invocan se refieren á imposibilidad de lo asentado por la Sala, y por lo mismo no son aplicables al caso de que se trata los raciocinios que hace, ni las disposiciones legales que cita.

CAPITULO XXXIII

Violación del art. 3º de la ley de 23 de Diciembre de 1843, copiado en el capítulo XXXI.—Causa: violación de ley, frac. I, art. 711.

Fundamento: «La Sala niega la acción de caducidad porque no está probada, en su concepto, la falta de cumplimiento del comunicado, y no estima probada esa falta de cumplimiento, porque los valores atribuídos al comunicado pueden estar en poder de los Sres. Escandón y Barron, en virtud de contratos que éstos hayan celebrado con los legatarios, velados por el secreto del comunicado. Esta afirmación supone el cumplimiento del comunicado, puesto que, para que los Sres. Escandón y Barron adquirieran de los legatarios los valores que aquellos poseén, deberían haber

recibido los legatarios los bienes que les dejó D. Manuel Escandón, y recibidos esos bienes, el comunicado estaba cumplido.—La Sala, pues, admite el cumplimiento del comunicado sin justificación alguna, y viola en consecuencia la ley citada en el *capítulo anterior*, *XXXI, capítulo* que doy por reproducido aquí.»

1º El capítulo de que aquí se trata es el mismo concepto que viene repitiendo desde el capítulo XXX, aplicándole á diversos objetos; y tiene éste, por lo mismo, igual contestación que la que se ha dado en los tres capítulos anteriores. Sobre todo, repite el XXXI, que no cabe, y hace el presente obscuro.

2º Tiene el defecto esencial de que dice el recurrente: «Esta afirmación *supone* el cumplimiento del comunicado,» y ya se ha demostrado en otro lugar que el recurrente no tiene derecho de reclamar á la Sala por lo que supone, sino que sólo puede reclamarle por lo que dice.

3º La disposición invocada no es ley, y aun cuando lo fuera, no está vigente.

CAPITULO XXXIV

Violación de la ley 10, tít. 14, Part. 3ª: "Todo ome que en alguna sazon fue Señor de la cosa, que lo es aun fasta que sea probado lo contrario."—Causa: violación de ley, frac. I, art. 711.

Fundamento: «Las apreciaciones de la Sala, que constan en el anterior capítulo, violan la ley 10, tít. 14, Part. 3ª, que dice: «Todo ome que en alguna sazon fue señor de la cosa *que lo es aun fasta que sea*

probado lo contrario.» Admitido por la Sala que valores atribuídos al comunicado están en poder de los Sres. Escandón y Barron, tenía que admitir que esos valores son del comunicado, mientras no se pruebe el acto en cuya virtud salieron de su poder. La Sala declara, que sin prueba se puede reconocer que ya no son del comunicado los valores que se reconoce le fueron aplicados, y al hacer esta declaración, se pone en abierta contradicción con lo que manda la ley 10, tít. 14, Part. 3a»

1o Puesto que se refiere á las apreciaciones que hizo en el capítulo anterior, es claro que le son aplicables las observaciones que allí hemos hecho.

2o En el capítulo XXXII que precede, sostiene el quejoso que los valores que él considera del comunicado, los tienen en su poder los Sres. Escandón y Barron, á título de dueños, y que no poseén esos valores á nombre del comunicado, sino en nombre propio; luego, según sus alegaciones, está probado el cambio de la causa de la posesión de esos valores; y en consecuencia, según sus mismas alegaciones, no tiene aplicación la ley que aquí invoca.

3o Esta ley dejó de estar en vigor desde 1872, en que se promulgó el primer Código de Procedimientos.

CAPITULO XXXV

Violación del art. 3º de la ley de 23 de Diciembre de 1843: copiado en el capítulo XXXI.—Causa: violación de ley, frac. I, art. 711.

Fundamento: «La Sala niega la acción de caducidad, porque en su concepto no está probado el no cumplimiento del comunicado: y no cree probada esa falta de cumplimiento, porque afirma que sin conocerlo no se puede decir que no ha sido cumplido.—Esta afirmación que rige la tercera resolución de la sentencia, viola el art. 3º de la ley de 23 de Diciembre de 1843, *que ordena que* los comunicados no se estimen cumplidos sin justificación, *luego antes de la justificación* se deben estimar no cumplidos.—La Sala declara que antes de la justificación no se puede declarar lo que la ley manda, esto es: el no cumplimiento.»

1º La argumentación del recurrente la expone en esta forma: «la ley ordena que los comunicados no se estimen cumplidos sin justificación, luego antes de la justificación se deben estimar no cumplidos,» y manifiestamente no se infiere el consiguiente del antecedente. No está probado que se cumplió con el comunicado; luego está probado que no se cumplió. Este modo de raciocinar peca sencillamente contra la regla de lógica, que dice que de antecedentes negativos nada se infiere.

2º Ya hemos dicho que esta disposición no es ley.

CAPITULO XXXVI

Violación de la ley 9ª, tít. 9, P. 3ª—Causa: violación de ley, frac. II, art. 711.

Fundamento: "La Sala niega la acción de caducidad, porque es insostenible en su concepto la no aprobación del comunicado, por ignorarse quiénes sean los legatarios.—Esta afirmación viola la ley 9, tít. 9, P. 3ª, que dice que: «la persona de aquel a quien es fecha la manda debe ser nombrada *ciertamente, ca si cierta non fuesse non valdria la manda.*»—Esta ley declara nula la manda cuando se ignora quiénes sean los legatarios. La Sala declara que no es nula esa manda, cuya nulidad pronuncia la ley."

1º La Sala no violó, ni pudo violar la ley 9, tít. 9, P. 3ª, porque el tít. 9 de la P. 3ª no tiene más que dos leyes.

2º Si quiso referirse á la ley 9, tít. 9, P. 6ª, la queja es la misma que la que contienen los capítulos 19 y 23, y reproduzco las observaciones hechas al ocuparme de esos capítulos.

CAPITULO XXXVII

Violación del art. 7º de la ley de 10 de Agosto de 1857: "En la línea colateral se extiende la representación á los hijos de los hermanos."—Violación del art. 64 de la ley citada: "Los parientes colaterales heredan á falta de ascendientes ó descendientes legítimos."—Violación del art. 3,875 del Código Civil de 1870: "La ley llama á la sucesión á los colaterales á falta de ascendientes, descendientes y cónyuge."—Violación del art. 3,854 del Código citado: "En la línea transversal sólo tiene lugar el derecho de representación en favor de los hijos de los hermanos." — Causa: violación de ley, frac. I, art. 711.

Fundamento: «La Sala niega la acción de caducidad, porque estima que el actor no tiene interés en tal acción y cree sin interés á éste, porque reprobada la manda, nada de ella correspondería á la sucesión Amor, la que carece del requisito de conjunción para el derecho de acrecer, según lo estima la misma Sala. —Aceptada la situación que proclama la misma Sala de que el actor no tendría derecho á la manda, ni por razón de conjunto, ni por razón de heredero universal, tendría derecho como heredero ab-intestato. *De autos consta que D. Ignacio Amor era hijo* de una hermana premuerta del testador; que éste nó dejó padres ni hijos, ni esposa, lo que comprueban las partidas parroquiales presentadas, que hacen prueba plena, conforme al art. 553 del Código de Procedimientos Civiles, y el testamento de D. Manuel Escandón, que hace fe en su carácter de escritura pública, conforme al art. 551 del Código de Procedimientos y la ley 114, tít. 18, P. 3ª.—Dada esta situación, la afirmación de la Sala, de que la sucesión actora no tiene

derecho alguno á la manda nula, viola los arts. 64 y 7 de la ley de 10 de Agosto de 1857, bajo cuyo imperio se abrió la sucesión de D. Manuel Escandón, de los que el primero dice que los parientes colaterales dentro del octavo grado civil, tendrán derecho de heredar ab-intestato á falta de ascendientes, descendientes y cónyuges, y el segundo dice que el derecho de representación en línea colateral, se limita á los hijos de los hermanos.—De estos artículos se desprende que D. Ignacio Amor, en su carácter de pariente colateral de D. Manuel Escandón, dentro del octavo grado civil, y como hijo de hermana del testador, fué heredero ab-intestato de aquél, y como tal, su sucesión en la situación que mantiene la Sala, tiene derecho á la manda.—La declaración hecha por la Sala, de falta de interés á la manda en el actor, viola los arts. 64 y 7 de la ley de 10 de Agosto de 1857, reproducidos en los arts. 3,875 y 3,854 del Código Civil de 1870.»

1º Según las alegaciones del recurrente no tienen aplicación al caso los arts. 7 y 64 de la ley de 10 de Agosto de 1857, en el concepto en que los alega. Nos dice el recurrente en los capítulos 21 y 22, que el derecho á la manda no nació sino hasta la muerte del último ejecutor que fué en Febrero de 1883. Luego la ley que debería regular ese derecho sería la ley vigente en la época en que el derecho nació, y en esa época no estaba vigente la ley de 10 de Agosto de 1857. Si estaba vigente y es aplicable son contradictorios este capítulo y aquellos, lo que vicia la interposición de los tres.

2º Dice en el párrafo segundo de este capítulo:

«Aceptada la situación que proclama la Sala, de que el actor no tendría derecho á la manda, ni por razón de conjunto, ni por razón de heredero universal, tendría derecho como heredero ab-intestato.»

Esta relación muestra patentemente que el recurso en este capítulo es hipotético.

3º El concepto bien manifiesto de la Sala sentenciadora, es que ni los herederos testamentarios ni los legítimos tienen derecho de mezclarse en los comunicados secretos, y en este sentido establece que carecen de interés, y no combatida la sentencia recurrida bajo este concepto, hace supuesto de la cuestión.

CAPITULO XXXVIII

Violación del art. 20 de la ley de 10 de Agosto de 1877: revelación de comunicados.—Violación de la ley 23, tít. 9, Part. 6ª: legado genérico.—Causa: violación de ley, frac. I, art. 711.

Fundamento: «La Sala da por probada la excepción de transacción, porque reputa que D. Ignacio Amor renunció en 1869 al derecho de acrecer, que adquirió muchos años después.—Reproduciendo el capítulo XXI de este escrito, recurro contra la cuarta resolución de la sentencia, por el motivo de la frac. I del art. 711 del Código de Procedimientos Civiles.»

1º Se funda en el capítulo XXI, que da por reproducido, y reproduzco también las observaciones que á éste he hecho. Aquel capítulo XXI es la base de éste, y como recordará la Sala que aquél quedó destruído, arrastró al presente en su caída.

2º Ni el artículo ni la ley citada tienen relación alguna con los contratos, con las renuncias, ni con el derecho de acrecer. Tienen relación con este derecho el art. 21 de la ley de 10 de Agosto de 1857, y la ley 33 del título y Partida que menciona, que no fueron citados.

3º Aun cuando no tuviera los obstáculos que le oponen los dos puntos anteriores, aun cuando no estuviera basado en el capítulo XXI y hubiera citado las leyes conducentes relativas al derecho de acrecer, estaría el recurso mal interpuesto por este capítulo. ¿Cuál es la cuestión de que se trata? Se trata sin duda de la inteligencia é interpretación de un contrato, y entonces, si se considera mal entendido ó mal interpretado, debió de citarse la ley del contrato y la reguladora de la prueba. Así lo tiene declarado esta Sala, en sentencia de 14 de Marzo de 1890,[1] en cuyo Considerando 4º se ocupa de este punto, bajo la ponencia del Sr. Magistrado D. Manuel Osio, y cuyo Considerando se resume en estos términos: «La reclamación contra la estimación que el Tribunal sentenciador hace de un contrato, no es apta si no se reclama la violación de la ley del contrato, y la reguladora de la prueba que deba servir para apreciar la existencia de los elementos constitutivos del contrato.»

Baste decir que la queja se refiere á que se declara probada una transacción, y no se citan como infringidas ni las leyes reguladoras de la prueba, ni las leyes de la transacción.

1 Anuario, tom. de 1890, pág. 41.

CAPITULO XXXIX

Violación del art. 621 del Código de Procedimientos Civiles: "La cosa juzgada es la verdad legal."—Violación del art. 3,153 del Código Civil vigente: "La transacción debe constar por escrito si pasa de doscientos pesos."—Violación del art. 1,277 del Código Civil vigente: "Los contratos sólo obligan á las personas que los otorgan."—Violación del art. 3,164: "La transacción hecha por uno de los interesados no perjudica ni aprovecha á los demás si no la aceptan."—Causa: violación de ley, frac. I, art. 711.

Fundamento: «La Sala da por probada la excepción de autoridad de cosa juzgada que se deriva de las siguientes resoluciones:—1º La aprobación dada en 10 de Junio de 1869 al convenio de división de los bienes de D. Manuel Escandón.—No comprendiendo esos convenios renuncia al acrecimiento de la manda, según lo demuestro en el capítulo XXI que doy aquí por reproducido, esa sentencia no comprendió el derecho de acrecer, y en consecuencia, no puede ser invocada eficazmente.—La Sala estima que la sentencia aprobó la renuncia al derecho de acrecer, en tanto que afirma que en el convenio hay esa renuncia.—Demostrado que la afirmación de que hubo esa renuncia viola las leyes que dejo citadas en el capítulo XXI, que doy aquí por reproducido, el dar por renunciada la excepción de transacción por esa aprobación de los convenios, viola las mismas leyes. —2º Por la sentencia de 18 de Octubre de 1884 pronunciada en el juicio que instauró el Defensor de Beneficencia.—Consta de la misma sentencia, y está probado por las actuaciones judiciales que tienen fuer-

za probatoria según el art. 554, que D. Ignacio Amor no fué parte en ese juicio. Admitir que la sentencia tiene autoridad de cosa juzgada contra terceros, es violar el art. 621 del Código de Procedimientos Civiles, que en su interpretación manda que las sentencias sólo tengan efectos respecto de las partes. Si la Sala hubiera respetado ese artículo, no habría declarado que para el actor es la verdad legal resolución recaída en litigio en que no figuró.—3º La resolución de 1º de Marzo de 1886, por la que se aprobó la transacción con el Gobierno Federal.—Doy aquí por reproducidas las mismas violaciones que dejo consignadas respecto de las declaraciones de la Sala, con motivo de la sentencia de 18 de Octubre de 1884.—Además, la afirmación de la Sala de que la sentencia de 1886, prueba la excepción de cosa juzgada en este litigio, viola otros artículos de ley. Esa sentencia aprueba el convenio en cuanto ha lugar en derecho, esto es, con los efectos que le da el derecho, y el derecho niega á una transacción, efectos contra terceros, según lo manda el Código Civil vigente, en los siguientes artículos:—El art. 3,153, dice que la transacción se rige por las reglas generales de los contratos. —El art. 1,277, dice que los contratos sólo obligan á los otorgantes.—El art. 3,164, dice que la transacción no perjudica á los demás interesados que no la aceptan. —La sentencia invocada por la Sala, y el convenio de transacción que aprueba, son actuaciones judiciales, y bajo tal carácter, tienen fe conforme al art. 554 del Código de Procedimientos Civiles.—El convenio acredita que D. Ignacio Amor no intervino en él, y la sentencia prueba que ella aprobó el convenio en cuanto

ha lugar en derecho.—La Sala, al dar efecto á ese convenio y á esa sentencia contra el actor, tercero en una y otra, ha violado los artículos citados del Código Civil.»

1º Funda la queja, en lo que se refiere á la sentencia de 1869, aprobatoria de los convenios de división de bienes de D. Manuel Escandón, en el capítulo XXI, que reproduce como base de esta queja. Reproduzco á mi vez las observaciones hechas al examinar el capítulo XXI, y como creo haber demostrado que aquel no puede prosperar, eso basta para que sea ilegal la interposición en el primer punto de este capítulo.

2º Aun cuando no cayera, que cae el capítulo XXI, como el capítulo XXXVIII que precede es el que trata especialmente de la renuncia que contienen los convenios de Mayo de 1869, basta que sea inepta la queja del capítulo XXXVIII, como en efecto lo es, según acabo de demostrar, para que haga inepta la queja del que nos estamos ocupando.

3º Es verdad que el Considerando 18 que habla de cosa juzgada, alude al final del Considerando 11º en el que se invoca como fundamento de la cosa juzgada, derivada de la sentencia aprobatoria de los convenios de Mayo de 1839, que el actor renunció al derecho de acrecer; pero se funda también, según lo expresa al principio de dicho Considerando, en que en esos convenios «se ponía término á todas las cuestiones que abarcan la sucesión de D. Manuel Escandón, cuando se practicaba la división de los bienes hereditarios abrazando herencia, legados y mandas reservadas por el testador, cuando se hacía el reparto, de acuerdo con disposiciones consignadas en el testa-

mento relativo, no sólo á la tercera parte divisible por iguales porciones entre los diez herederos instituídos, sino también de los legados expresamente especificados, y de las dos terceras partes dejadas para los objetos del comunicado secreto, las estipulaciones consignadas en tales convenios, y que pusieron fin de una manera definitiva á la sucesión expresada, abarcaron indudablemente *todos los derechos* que los interesados pudieran tener á esas dos terceras partes,» y contra este fundamento no se reclama la sentencia expresada, que quedaría viva y subsistente por razón de él, aun cuando estuviera bien formulada la de que me he ocupado en los dos puntos anteriores.

4º No aplica ni puede aplicar lo dispuesto en el art. 621 á la sentencia de que nos estamos ocupando, que es la primera á que se refiere el capítulo, y entonces no ha citado ley alguna que sea aplicable á la cosa juzgada, que es el motivo cardinal de esta queja en los tres puntos que comprende.

Respecto del segundo punto de esta reclamación, hay que advertir que la sentencia expresada de 18 de Octubre de 1884, fué invocada por los demandados bajo el carácter de excepción á la regla general, por existir la misma causa y razón de pedir, y en ese sentido fué aceptada por la sentencia en su Considerando 18, y no reclamada la sentencia bajo ese concepto sino bajo otro enteramente distinto, hace supuesto de la cuestión.

Respecto al tercer punto de la reclamación, ó sea el referente á la sentencia de 1º de Marzo de 1886, se debe también observar que se alegó en el sentido de constituir también excepción á la regla general; por-

que habiendo transigido el dueño de la acción, nadie puede ya ejercitar derechos sobre este punto. En este sentido dice la sentencia en su Considerando 6º: «la ley de 10 de Agosto no atribuye derechos con relación á los comunicados, sino á la sociedad representada por el Juez mismo y el Ministerio Público, no tiene entonces acción la sucesión Amor para pedir la declaración que ha solicitado,» y en el mismo sentido dice el Considerando 18 que en el fallo de 1º de Marzo de 1886 «se aprobó también la transacción que los herederos mencionados celebraron con el Ejecutivo de la Unión, con fecha 23 de Febrero de 1886, con motivo de la reclamación de la multa que el Gobierno Federal les hizo con apoyo de la expresada ley de 10 de Agosto, y en cuya transacción dicho Gobierno, *acatando las dos primeras sentencias mencionadas*, se obligó á que no se haría gestión oficial por ningún funcionario, ni autoridad alguna sea de la clase que fuere, para exigir la revelación ó inversión del comunicado. Se ve, pues, que esas sentencias abarcaron las mismas cuestiones que se ventilan en el presente juicio, y la primera puso fin á todas las reclamaciones que pudieran surgir en contra de la sucesión de D. Manuel Escandón.»

No ataca la sentencia en este sentido, luego hace supuesto de la cuestión.

El art. 3,153 que cita como violado, no dice lo que el recurrente le atribuye, y siendo él la base de la cita del 1,277, quedaron ambos sin efecto, y á la cita del 3,164 son aplicables las observaciones que preceden, agregando esta consideración que considero de importancia: que la sentencia dice en su Considerando

8º, que los demandados han probado las excepciones de cosa juzgada y transacción. En el presente capítulo se trata sólo de la cosa juzgada, y de la transacción se ha tratado ya en el capítulo XXXVIII, que precede, y se ha demostrado ya plenamente que no puede prosperar.

CAPITULO XL

Violación del art. 20 de la ley de 10 de Agosto de 1857: Revelación de comunicados secretos.—Violación de la ley 23, tit. 9, Part. 6ª: Legados genéricos.—Causa: Violación de ley, frac. I, art. 711.

Fundamento: «La Sala declara probada la excepción de prescripción de herencia, porque han transcurrido más de veinte años desde que nació, sin que hubiera sido ejercitada; y afirma el lapso del término, porque establece que el derecho de acrecer á favor de D. Ignacio Amor para reclamar los valores del comunicado, nació, ó en 7 de Junio de 1862, en que murió D. Manuel Escandón, ó en la época en que se formaron los inventarios.—Reproduzco aquí todo el capítulo XXI, en el que reclamo la violación cometida por la Sala, al establecer que hay derecho de acrecer antes de que se realice la causa que determine el acrecimiento.—Si la Sala hubiera acatado las leyes citadas en ese capítulo, habría reconocido que fundado el derecho de acrecer en la caducidad de la manda, y no habiendo aún caducidad ni á la muerte de D. Manuel Escandón, ni á la época de los inventarios, sino hasta

1883, en que con la muerte de D. Alejandro Arango, quedó ignorado el objeto del comunicado: si la Sala se hubiera inspirado, digo, en las ideas jurídicas que sacrificó al hacer las afirmaciones que reclamé en el capítulo XXI, no habría declarado prescrita la acción, porque reconociendo ella misma que la prescripción negativa comienza á contraerse desde que nace la acción, habría reconocido que de 1883 á la fecha, no han transcurrido los veinte años que ella misma señala, para la extinción del derecho.—La violación del art. 20 de la ley de 10 de Agosto de 1857, y de la ley 23, tít. 9, Part. 6ª, fundan la casación que interpongo contra la cuarta resolución de la sentencia, por la causa de la frac. I del art. 711 del Código de Procedimientos Civiles.»

1º Funda esta reclamación en el capítulo XXI, y volvemos á reproducir entonces todas las observaciones hechas al examinar dicho capítulo, destruído el cual, quedó destruído el presente.

2º Dice el tercer párrafo anteriormente copiado: «Si la Sala, etc.;» según este modo de discurrir, el capítulo es hipotético.

3º No solamente es hipotético el fundamento que se invoca, sino que dentro de él se hace un supuesto de la cuestión enteramente imposible de verificar. No niego yo que si la Sala hubiera aceptado los hechos como los entiende el recurrente, lo probable es que hubiera declarado que no procedía la prescripción; pero nadie podrá asegurar que así hubiera sucedido. Procediendo en sentido contrario, siempre dentro de la hipótesis que venimos analizando, resultaría que la Sala había violado la ley; pero eso no es motivo bas-

tante para que rechacemos como imposible ese contrario proceder, pues si la Sala había violado, como supone, setenta y dos veces la ley, no es motivo para rechazar esa posibilidad el que la violara una vez más.

4º Aunque no sea probable ese distinto proceder, tampoco es inverosímil, porque si bien es verdad que la sentencia de segunda instancia habla del transcurso de veinte años, si éstos no hubieran transcurrido, podría haber adoptado las ideas de la sentencia de primera instancia en su Considerando 23, y examinar la procedencia de la prescripción positiva, también alegada al contestar la demanda, y podría también haber aceptado la prescripción de cosas muebles y la prescripción mercantil.

5º Me parece de toda evidencia que cuando se trata de prescripción, las leyes aplicables al caso son las de la prescripción, y me parece asimismo de toda evidencia, que dentro de las ideas del recurrente, la ley violada habría sido el art. 1,200 del Código Civil de 1870 y 1,091 del vigente, que dicen así: «La prescripción negativa se verifica, haya ó no buena fe, por el solo lapso de veinte años contados desde que la obligación puede exigirse conforme á derecho.»

El caso de autos no es como se lo imagina el recurrente, y por eso no se han violado esos artículos; pero en todo caso, no los podemos examinar, porque no han sido citados.

CAPITULO XLI

Absolutamente comprendo este capítulo XLI, y voy á repetírselo á la Sala por si ella lo entiende. Dice así: «Violaciones: Las señaladas en los capítulos 8º, 9º, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39 y 40.—La Sala absuelve á los reos de la demanda que destruye, porque la Sala declara no probadas las acciones, y probadas las excepciones.—Reproduzco aquí todos los capítulos con que he combatido esas dos afirmaciones.—Si la Sala no hubiera cometido las violaciones que dejo consignadas en los capítulos anteriores, no habría absuelto á los reos.—Esas violaciones fundan la casación por los motivos que expresa cada uno de los capítulos anteriores.»

¿Cree el recurrente que por decir las cosas dos veces mejoran la condición que tienen por haberlas dicho una sola vez? ¿Por qué repite los capítulos del 8º al 40, y no hace otro tanto con los siete primeros? ¿Comprendió á última hora que éstos son incompatibles con aquéllos?

Si obscuros, y confusos, y vagos é indeterminados eran ya los capítulos considerados separadamente, la acumulación que de ellos hace en el presente, produce aún mayor confusión y obscuridad, agregando nuevo vicio á los ya numerosos que hemos señalado.

III

Voto particular del Sr. Magistrado D. Manuel Mateos Alarcón.

Después de discutir la parte relativa á la legal interposición del recurso, procedería entrar á ocuparnos de discutir el recurso en el fondo; pero como al tratar de diversos puntos me he referido á las cuestiones de que se ocupa el Voto particular, y como tendría que referirme á otras varias en la segunda parte de mi informe, juzgo conveniente analizar y discutir el Voto en todas sus partes.

Tiene este Voto cierta especie de elegancia y de sencillez de forma, que á primera vista seduce y atrae la imaginación: por lo mismo es una pieza jurídica que no podrá menos de impresionar á los que no examinen y profundicen el negocio que se trataba de resolver.

Mas cuando se examinan las cosas en el fondo, al ver la insubstancialidad de los raciocinios, la ligereza de los juicios y hasta la miopía de la vista—porque hay ciertas cosas que no necesitan de raciocinio ni de discurso, sino que basta saber leer—no puede menos de sentirse miedo al considerar cuán fácilmente se pueden quebrantar los más sólidos fundamentos de la razón, de la lógica, del derecho y de la ley.

No debo ni pretendo ocuparme del hombre. El Lic.

D. Manuel Mateos Alarcón queda fuera de mi intención y del alcance de mis palabras. Tengo derecho de ocuparme del Magistrado, del jurisconsulto: tengo derecho de examinar el Voto como pieza jurídica, y bajo este aspecto es una desgraciada pieza que hasta pena da analizarla. Así es el Voto de débil, frágil, vano, esfumado, si se me permite esta palabra de clásico decadentismo.

El Sr. Mateos Alarcón concluye su Voto con esta resolución final: «5º Se absuelve á los demandados de la demanda promovida en su contra con la acción de herencia, derivada del derecho de acrecer.»

La primera observación que ocurre es la siguiente: Si había de concluir con la resolución copiada, ¿quién le preguntaba todo lo demás que nos dice en su Voto? Si le corría mucha prisa el decir que ni el Sr. Diego Fernández ni yo habíamos entendido el negocio, y el dar á conocer todo lo que él sabía y era capaz de discurrir sobre el asunto, parecía indicado un discurso académico ó un artículo en un periódico; pero era poco á propósito para el caso el Voto particular en una Sala colegiada.

Empieza el Sr. Mateos Alarcón por manifestar que va á exponer sucintamente los fundamentos principales de su Voto, y dice: «Pero antes debe hacer constar, que aun respecto de los puntos en que votó con la mayoría de la Sala, no se halla de acuerdo con las razones y fundamentos en que ésta apoya sus resoluciones, entre ellas las que se refieren á la improcedencia de la excepción de obscuro é inepto libelo, que, á su juicio, ha podido alegarse legalmente; y si no es de tomarse en consideración, es á consecuencia de

que el representante de los demandados se desistió de ella, pidiendo que se la tuviera por no alegada.»

Según este párrafo, la excepción de obscuridad *ha podido alegarse legalmente*, y si no se toma en consideración, es porque los demandados se desistieron de ella. Luego á juicio del Sr. Lic. Mateos Alarcón, la demanda es obscura, y si es obscura, es porque no se entiende, y si el Sr. Mateos Alarcón no entendió el negocio, su Voto particular debió limitarse á asentar que como no entendía el negocio, no se hallaba en condición moral ni legal para dictar sobre él un fallo. Dice que la excepción ha podido oponerse legalmente, y que si no se tomó en consideración, ha sido sólo por el desistimiento, y la sentencia dice que se falla: «2º Por unanimidad. Se ha por desistido á los demandados á su perjuicio, de la excepción de obscuro é inepto libelo, ó defecto legal en la forma de proponer la demanda, la cual excepción *es improcedente en todo caso, alegada al contestar aquella.*» Es decir, que la sentencia dice bajo la fe del Sr. Mateos Alarcón que la firma, que no es exacto lo que asegura el Voto.

Refiere el Voto que el actor propuso demanda en 28 de Junio de 1892, sobre revelación del comunicado *para que la decisión judicial pronunciara su validez ó nulidad;* que en 28 de Julio de 1893 presentó nuevo escrito en que manifestó, que á los derechos que representa convenía el ejercicio del de herencia que al autor de dicha sucesión corresponde en el valor del comunicado secreto dejado por el Sr. Manuel Escandón, previa la declaración de que no es de aprobarse dicho comunicado por no poderse saber cuál sea, ó porque si fuere sabido es contrario á las leyes,»

y se agrega: «Este ocurso vino á cambiar por completo la faz de la cuestión; porque el actor abandonó la acción que había deducido al principio: la revelación del comunicado para que el Juez decidiera sobre su validez ó nulidad, y dedujo otras dos nuevas acciones, *incompatibles con la primera*, y son las siguientes: «1ª Caducidad del comunicado secreto por no saberse cuál sea. 2ª Acción de herencia, fundado en el derecho de acrecer que otorga el art. 21 de la ley de 10 de Agosto de 1857 á los herederos á quienes se haya dejado una herencia en común en la misma disposición testamentaria, sin designar en ella la parte de cada uno de los coherederos. En tal virtud, quedó fuera del debate la acción deducida para obtener la revelación del comunicado secreto, por haber sido abandonada por el actor, y no ha debido ser objeto de la contienda.»

¿Es verdad que en concepto del Sr. Mateos Alarcón el actor, por virtud del escrito de 28 de Julio de 1893, haya abandonado la acción de revelación deducida en escrito de 18 de Junio de 1892? Así lo dice en las palabras que dejo copiadas y sin embargo, consta plenamente, bajo la fe del Sr. Mateos Alarcón, que tal aseveración no es exacta.

Hay en derecho una gran diferencia entre abandonar una acción antes de que se conteste la demanda y retirarla después de contestada. Lo primero queda á la completa libertad del actor, y cuando así se haga, los jueces no tienen que ocuparse de ella. Lo segundo no puede hacerlo el actor sino por medio del desistimiento y los jueces tienen que conocer de ella para aprobar ó no el desistimiento.

Ahora bien, la sentencia dice: "Se falla: 1º Por unanimidad se ha por desistida á la sucesión actora á su perjuicio, de la acción por ella intentada en escrito de 18 de Junio de 1892."

El complemento de esta parte del fallo son las palabras siguientes del Considerando 4º: "que indiscutible como es la facultad de D. Manuel Amor para ampliar ó enmendar su demanda antes de ser contestada; habiéndolo efectuado así en su relacionado escrito de veintiocho de Julio de mil ochocientos noventa y tres; aceptada esa modificación por los demandados al contestar el traslado que en vía ordinaria se les mandó correr, y declarado por la parte actora expresamente en los Alegatos en esta Sala, que retiraba del campo del debate la acción sobre revelación, quedó ésta desgregada del presente juicio..... Y si por un momento pudiera haber alguna duda acerca de la admisión de tal desistimiento á causa de no haberse hecho éste materialmente por la persona del actor, debe recordarse que este acto solemme por todas sus circunstancias, está confirmado con la presencia de D. Manuel Amor á la audiencia respectiva, y con la ratificación que de él se hizo incontinenti, á solicitud contraria."

Así, pues, *por unanimidad*, es decir, por consentimiento y parecer del Sr. Mateos Alarcón, se dió al actor por desistido de la acción de revelación del comunicado. Luego por parecer del Sr. Mateos Alarcón el actor no había retirado esa acción en su nuevo escrito de 28 de Julio de 1893.

Pero dice el Voto, las dos acciones de caducidad y de herencia son *incompatibles* con la acción de re-

velación del comunicado. ¿Y por qué son incompatibles? No nos lo dice el Señor Magistrado disensiente, dando así principio á la serie interminable de afirmaciones gratuitas que son el único fundamento del Voto.

Declaro de la manera más formal que mi inteligencia no descubre, no digo ya incompatibilidad, sino la menor oposición entre la acción de revelación y las de caducidad y herencia. Y no sólo no hay esta oposición, sino que más bien hay correlación necesaria, como dice la mayoría, entre la revelación y la caducidad; pues que ésta no podría ser sino una consecuencia de que conociendo el comunicado se encontrase que lo en él dispuesto era contrario á las leyes.

Acaso se diga que el Voto traduce la primera acción en *caducidad del comunicado secreto por no saberse cuál sea*, y se arguya que si el fundamento es el que no se sepa cuál sea, este fundamento es incompatible con la revelación. Mas para llegar á este raciocinio se necesita incurrir en dos inexactitudes, ó más bien dicho se necesita hacer dos alteraciones en el escrito de 28 de Julio de 1893; porque en este escrito no se pide la declaración de que no es de aprobarse el comunicado *por no saberse cuál sea*, sino por *no poderse saber cuál sea*, lo que constituye una primera alteración, y la segunda es que no solamente se pide la reprobación por no poderse saber cuál sea, sino también porque *si fuere sabido es contrario á las leyes*, y es bien claro que no se puede decir que es contrario á las leyes sino después de revelado y conocido.

Sigue diciendo el Voto: "El suscrito *cree* que al

promover el representante de la sucesión Amor, la declaración de que no es de aprobarse el comunicado secreto, por no poderse saber cuál sea, no pretende otra cosa sino que se declare tal comunicado caduco, por cuanto á que no se ha ejecutado ni se ha podido ejecutar, sin ser previamente revelado á la autoridad judicial, y por no ser posible ahora su revelación. Los términos del escrito de demanda de 28 de Julio de 1893, no permiten duda alguna acerca de este punto."

El Sr. Mateos Alarcón *cree* que la demanda es lo que expresa en el párrafo trascrito; pero se olvida el Sr. Mateos Alarcón de que las acciones y excepciones no son artículos de fe sino al uso de Santo Tomás: ver y creer.

El escrito de 28 de Julio de 1893, agrega, no deja lugar á duda de que la demanda es como el Voto la formula y no se toma la molestia de trascribir la parte de ese escrito que aleja toda duda, trascripción tanto más necesaria cuanto que lo que aquí se asevera está en poca armonía con el extracto de ese escrito que anteriormente había hecho, y tenemos aquí ya una segunda aseveración gratuita sobre punto tan importante y capital como el saber lo que constituye la demanda.

A continuación de este párrafo asiénta el Voto el que sigue: "Siendo así, es fuera de duda la procedencia de esta acción, supuesto que toda persona que tiene derecho á la sucesión legítima de otra, tiene interés en la declaración de caducidad de las instituciones de herederos y de los legados que deja en su testamento, porque es llamada por la ley á heredar en la porción que ella señala los bienes vacantes que no pa-

san por cualquier motivo á los herederos ó legatarios. El Sr. Ignacio Amor tenía por la ley el carácter de heredero legítimo del Sr. Manuel Escandón, y sus derechos fueron trasmitidos á sus herederos y sucesores, quienes por tal motivo han tenido un interés legítimo, y por consiguiente, acción para pretender que se declare la caducidad del comunicado secreto."

Hé aquí, Señores Magistrados, resuelto excátedra y bajo la palabra de honor del Sr. Magistrado Mateos Alarcón, uno de los puntos cardinales en que descansa el negocio que se ventila.

La teoría que he desarrollado ante el Juez 5º de lo Civil y que ha sido aceptada por éste y por la mayoría de los Señores Magistrados de la 3ª Sala, consiste en lo siguiente: Los comunicados secretos son por su naturaleza reservados: en ellos, por su naturaleza propia, no debieran intervenir más que los ejecutores, que son aquellos á quienes el testador confió el secreto: la ley, sin embargo, da ingerencia al Defensor Fiscal ó Ministerio Público y al Juez de la testamentaría; luego sólo éstos pueden hacer gestión, investigar, averiguar lo que es y lo que se hace en los comunicados, y cualquiera otra persona carece de acción, tenga ó no tenga interés en la insubsistencia de los comunicados.

Grande es la labor expendida para establecer esta tesis, primero por mí, después por el Sr. Juez 5º de lo Civil, Lic. D. Alonso Rodríguez Miramón, y finalmente por la mayoría de la 3ª Sala, y toda esa labor la hecha abajo el Sr. Mateos Alarcón con la monumental afirmación gratuita, y es la tercera, contenida en el párrafo trascrito.

Después de eso todavía me quiere echar la culpa á mí, y dice: «No es ésta una teoría nueva, pues tiene en su apoyo la doctrina de los autores citados por el abogado patrono de los demandados, en su alegato de primera instancia, entre otros, Febrero Reformado, párrafo 1,337, Escriche, Diccionario de Legislación, Vº Heredero extraño ó voluntario, núm. 10. La Enciclopedia Española de Derecho y Administración, Vº Acrescencia, Sec. II, 2, que sostienen, que en el caso de caducidad, no hay lugar al derecho de acrecer cuando son muchos los instituídos en partes expresas y señaladas para cada uno de ellos por el testador, sino que hay lugar á la sucesión ab-intestato. Pero tiene además, como principal fundamento, los arts. 4 y 64 de la ley de 18 de Agosto de 1857, y los arts. 3,575, 3,618 y 3,621 del Código Civil.»

Es sin duda uno de los fundamentos por mí invocados para sostener que el actor no tiene acción, el que no le compete el derecho de acrecer; pero ni es el único, ni el más sólido y no es lo que principalmente se discute cuando se trata de examinar en el fondo quiénes tienen ó no acción para ingerirse en los comunicados secretos.

El Sr. Mateos Alarcón ha descubierto en su Voto, que profesa al Abogado que tiene el honor de dirigiros la palabra, una mala voluntad tan gratuita como las aseveraciones en que su Voto descansa. No le pareció bastante el insinuar que mis doctrinas y teorías eran las que fundaban el derecho de la parte demandada, sino que agrega además que no entendí la demanda, que no supe contestarla, y que todas mis excep-

ciones están formuladas contra una acción que estaba ya fuera del debate.

Hé aquí las palabras del Sr. Mateos Alarcón: «Pero, además, la improcedencia de tal excepción—la de sine actione agis—*resalta á primera vista,* si se atiende á que, por los términos en que está formulada, aparece que no se dirigió contra la acción intentada, sino contra aquella que ya se hallaba fuera del debate, por haberla abandonado la parte actora: la que tenía por objeto la revelación del comunicado secreto. —En efecto: todos los razonamientos expendidos por el Sr. Lic. Sánchez Gavito, patrono de los demandados, al contestar la demanda, todos los que produjo en sus respectivos alegatos en la primera y en la segunda instancia, han tenido por objeto demostrar *que no procede la revelación* del comunicado secreto, que no tiene persona alguna, de cualquiera categoría que sea, pública ó privada, derecho para exigirla, é invocó en su apoyo los arreglos celebrados con el Gobierno en 8 de Agosto de 1862 y 23 de Febrero de 1886, y hasta la parte final de la cláusula 16ª del testamento, en la cual prohibió el testador que las autoridades tomaran mano en la ejecución de la manda, por más que sea nula, porque tiene por objeto hacer ineficaces los preceptos de las leyes que exigen la necesaria intervención de la autoridad en la ejecución de los comunicados secretos.—Si, pues, la excepción aludida no se opuso contra la acción ejercitada, que tiene por objeto que se declare la caducidad del comunicado secreto, es lógico deducir que no la ha destruído, ni la puede destruir, y por tanto, que no ha

producido ningún efecto jurídico, cualesquiera que sean los hechos y las consideraciones de derecho que la apoyen.»

Suponiendo que sea verdad y que tenga razón el Sr. Magistrado Mateos Alarcón, ¿es correcta su conducta al exponer este razonamiento? El Sr. Lic. D. José Diego Fernández es de los más inclinados á negar, á discutir, á poner en duda y en tela de juicio las cosas más evidentes, cuando eso puede favorecer á su causa y puede tener el más insignificante sofisma para sostener su teoría, y, sin embargo, el Sr. Lic. D. José Diego Fernández no ha negado, ni contradicho, ni puesto en duda, que las excepciones por mí alegadas lo fueron contra la demanda entablada, lo que quiere decir, sin duda alguna, que había absoluta conformidad de las partes sobre la inteligencia del cuasi contrato. Los jueces pueden sin duda suplir las deficiencias de derecho que puedan tener los litigantes, pero no pueden suplir los hechos, y no pueden por lo mismo levantar una diferencia allí donde hay una conformidad de las partes. El Sr. Magistrado disensiente no sólo ha suplido los hechos de la parte, sino que ha establecido hechos que la parte no establece, ha pretendido consignar diferencias sobre puntos en que hay la más absoluta conformidad, ha incurrido en oficiosidades que no son de alabarse en los Jueces y Magistrados.

Suponiendo que fuera verdad lo que se asienta en el Voto, no podrá éste negar que el escrito de contestación de la demanda concluye de esta manera: «A V. suplico se sirva: 1º *Haber por negada la demanda* y por opuestas las excepciones y defensas que fa-

vorecen á mis poderdantes, que se han expuesto en este escrito.» Por lo que respecta á la excepción de sine actione agis, bastaba la negativa de la demanda para que los jueces se vieran en la necesidad de examinar si competía al actor la acción que ejercitaba y si la había probado, á menos de que no pretenda también el Sr. Mateos Alarcón que yo sólo he negado la primera demanda. En ejecutoria de esta Sala, de Agosto 28 de 1894, dice el Considerando 21: «Que como la defensa en que se basa la contestación de la demanda en los siete puntos que expresa, son precisamente los asertos contrarios á los capítulos de la demanda, quedan examinadas y resueltas tales defensas con las anteriores consideraciones, y resta sólo para concluir, manifestar que la *sine actione agis*, no es otra cosa sino la negación de la demanda, si bien excepcional, que reclamaba ocuparse, como se ha hecho, de los hechos en que se apoya, á diferencia de la simple negativa que importa la actitud pasiva del reo sujeto á las eventualidades de la prueba de contrario.»

Lo que me parece que *resalta á primera vista* es que el Voto no quiere mirar á lo que no quiere ver.

Dice el Voto que todos mis razonamientos al contestar la demanda, han tenido por objeto demostrar que no procede la revelación del comunicado secreto. Dice ese escrito: «La segunda excepción que tengo que oponer á la demanda es la de tua non interest ó sine actione agis, fundada en primer lugar en los términos del art. 20 de la ley de 10 de Agosto de 1857, cuyas disposiciones se invocan, porque en ese artículo *se conceden determinadas facultades al Juez de*

la testamentaría y al Defensor Fiscal, respecto de los comunicados secretos; pero ninguna conceden á los interesados en las testamentarías en que tales comunicados existen. Los herederos carecen de acción á este respecto y con mayor motivo carecen de ella, cuando siendo varios y con determinada parte en la herencia en que fueron instituídos pretende ejercitarla uno sólo, y con mucha mayor razón no podrá hacerlo cuando ni el Juez ni el Fiscal pueden ya *intervenir* por no ser los de la testamentaría y por estar así establecido según el arreglo celebrado con el Supremo Gobierno en Agosto 8 de 1862, y según el diverso arreglo celebrado cen el mismo Gobierno en 23 de Febrero de 1886, en los autos promovidos ante este Juzgado por el Procurador de Justicia contra los herederos de D. Antonio Escandón y de D. Alejandro Arango, sobre revelación de los comunicados y pago de multa.—*Y no puede intervenir*, además, por virtud del desistimiento del Procurador y sentencia que en su virtud recayó en ese juicio, promovido contra los demandados en el presente, pronunciada en Marzo 1º de 1886, y por la diversa sentencia pronunciada por este mismo Juzgado en 18 de Octubre de 1884, en los autos promovidos por la Beneficencia Pública contra los dichos herederos, sobre revelación de los comunicados secretos de D. Manuel Escandón.—En segundo lugar, la fundo en los términos del testamento de D. Manuel Escandón, cuya voluntad es clara y manifiesta en lo que se refiere á la distribución de su fortuna.... El tenor de esta cláusula claramente revela la voluntad del testador, de que los dos tercios de su caudal habían de entregar-

se á D. Antonio Escandón y D. Alejandro Arango y Escandón *para que los distribuyeran á su arbitrio y voluntad, sin que de ello pudiera pedírseles razón ni cuenta alguna;* porque esto no podría hacerse sin requerir la *intervención de alguna autoridad*, y desde que ésta, sea la que fuere, interviniera en cualquiera forma, constituían en herederos á dichos señores y los hacían dueños de los dos tercios.—En tercer lugar, el testador, en la cláusula 17 del testamento, nombró como herederos del tercio de sus bienes á las diez personas que designa «á todas por partes iguales,» y ninguno de éstos tiene derecho más que á una décima parte del tercio del caudal hereditario.—En cuarto lugar, fundan la excepción alegada los arreglos celebrados entre los interesados en Mayo 28 de 1869.... Revelan claramente las constancias copiadas que *los herederos del tercio, por lo que á ellos toca, consideraron á los Sres. D. Antonio Escandón y Lic. D. Alejandro Arango y Escandón como poseedores exclusivos y legítimos de los otros dos tercios, para que dispusieran de ellos á su albedrío, sea para que se ejecutara la voluntad del testador que se les comunicó, sea para que se declararan herederos legítimos de los mismos bienes, en los términos de la cláusula 16 del testamento.* —Esas mismas constancias demuestran además, en quinto lugar, que esos dos tercios fueron entregados á dichos Sres. Escandón y Arango, separándolos de la testamentaría, con renuncia por parte de la misma, *á toda reclamación, y á cualquiera ingerencia en su distribución y aplicación.* Esa separación de la testamentaría y esa renuncia de la misma, y en

consecuencia de todos los herederos del tercio, *cierra la puerta á cualquiera de ellos que sobre el particular promueva cosa alguna,* y se la cierra por lo mismo á la testamentaría de D. Ignacio Amor.»

Como ven los Señores Magistrados, lejos de que todos los argumentos de la contestación de la demanda tengan por objeto demostrar que no procede la revelación del comunicado secreto, no hablan en todo lo copiado ni una palabra de esa revelación, y resultará entonces que ó el autor del Voto no leyó la contestación de la demanda, ó que no sabe leer.

También dice que todos mis razonamientos en primera instancia han tendido al mismo objeto de demostrar que no procede la revelación del comunicado secreto. ¿Me ocuparé de demostrar lo inexacto de semejante aseveración? Parece increíble que necesite yo entrar en esa demostración, pero también parece increíble que el Sr. Mateos Alarcón llegara á asentar bajo su firma la proposición que dejo trascrita, y tengo por lo mismo que molestar algún tanto la atención de los Señores Magistrados. Dice el Informe:[1]

"Tal es la disposición testamentaria de D. Manuel Escandón. Según los términos literales de la cláusula 16ª, no deja lugar á duda que el testador quiso que los dos tercios de su fortuna fueran aplicados á los encargos que dejó hechos; pero que si esta ejecución tropezaba con algún obstáculo, correspondieran en propiedad dichos dos tercios á los Sres. D. Antonio Escandón y D. Alejandro Arango y Escandón.—La disposición testamentaria, en sus pormenores y en su conjunto, no deja lugar á duda de que la

1 Página 20.

voluntad del testador fué la de que los señores expresados fueran considerados como dueños de los dos tercios del caudal hereditario. El testador no lo dice así por palabras expresas; pero ello se infiere claramente y sin esfuerzo alguno, de los pormenores y de la substancia de toda la disposición testamentaria.... —Si, como asevera el actor, esa cláusula dejaba los comunicados sujetos á revelación y cuentas, ocurre preguntar: ¿cuál era el peligro que se quiso evitar por esa cláusula? ¿Cuál era el caso en que podría verificarse la condición de la sustitución?....[1] Ahora bien, el Gobierno no pudo declarar que cesaba *toda intervención* fiscal en la testamentaría, sino porque consideraba á los Sres. Escandón y Arango como *dueños de los dos tercios*, puesto que, de no ser así, aunque estuviera pagada la herencia transversal, no cesaba la intervención del fisco para los demás efectos del art. 20 de la ley de 10 de Agosto de 1857.....[2] Todavía conducen más directamente á nuestro objeto los textos que paso á expresar. Dispone el Emperador Antonino,[3] que si se deja un legado nulo y se vende una finca para pagarlo, en vano se podrá mover sobre esto cuestión por los herederos, porque aparece que han accedido á la voluntad del difunto, no solamente por la escritura, es decir, por la disposición testamentaria, sino por conciencia.—Si, pues, D. Ignacio Amor, en 1869, cumplió la voluntad de D. Manuel Escandón, sea porque así entendió el testamento, ó sea porque, aunque no estimare válida esa disposición testamen-

1 Página 21.
2 Pág. 51.
3 Ley 2, C. de Fideicomiss, 6-42.

taria, consideró como un deber de conciencia el cumplirla, sus hijos libres son para tener una conciencia más lata, pero no lo son para modificar ni alterar la de su padre en esos arreglos consignada.»[1]—Todo esto se decía en los arreglos de Mayo. El demandante sostiene en sus discusiones precisamente todo lo contrario: sostiene que no correspondían las dos terceras partes á los Sres. Escandón y Arango; que la testamentaría, ó sea los herederos de D. Manuel Escandón, *tienen derecho de reclamarles; que pueden hacerles reclamación enorme*, y que pueden reclamarles en algún sentido y aun en todos sentidos. Esto es decir que no se respeta la palabra allí empeñada, que no se respetan las palabras y compromisos de los antepasados.—Esas declaraciones no quedaron como asunto particular y entre particulares, sino que se acude á sancionarlas con autoridad judicial, la que las aprueba y sanciona, y entonces ya no son solamente los interesados, las personas privadas, las que dicen á los Sres. Escandón y Arango que les *pertenecen los dos tercios y que pueden disponer de ellos sin ingerencia alguna de los demás interesados, ni de la justicia, ni de nadie*, sino que es el Juez mismo de la testamentaría el que lo dice; y si hoy la justicia pudiera deshacer esos actos, pudiera romper todas esas estipulaciones, entonces la justicia de 1895 vendría á declarar que la de 1869 había servido de trampa para que los legatarios de los dos tercios cayeran en el lazo que se les tendiera; que la autoridad judicial había servido de instrumento para en-

1 Pág. 59.

gañarlos.—En efecto: si los Sres. Escandón y Arango, descansando en esas declaraciones de los interesados y de la justicia, dispusieron de los dos tercios, sin recoger comprobante alguno, ¿no es una iniquidad el que después se les *exigiera la comprobación de su inversión?* Y ¿no es el colmo de las iniquidades el que fuera lícito esperar á que se murieran para *pedir esa comprobación á los herederos?—Ni la moral consiente lo que la demanda pretende, ni el derecho lo permite.*»[1]

Interminables serían las citas y lecturas que tendría yo que hacer y voy á limitarme á la siguiente: «Pagada la multa, ó celebrada una transacción sobre ella con quien tenía facultad para celebrarla, lo que en derecho produce el mismo efecto, resulta que en la testamentaría de D. Manuel Escandón se ha hecho lo que literalmente dice la ley; *y si se ha hecho lo que dice la ley, ¿en qué se puede fundar una demanda en que se pretenda algo más? A cualquiera demanda en este sentido pueden contestar los demandados: Hice lo que manda la ley, y en realidad estoy en paz con la ley y con todo el mundo.*—El art. 20 de la ley de 10 de Agosto revela claramente que *no da acción alguna* á los herederos testamentarios ó legítimos sobre los comunicados secretos. Sería verdaderamente monstruoso é inconcebible que les diera algún derecho y que, sin embargo, no pudiera manifestárseles ni la disposición de los comunicados ni la inversión de ellos; y que no pueden comunicárseles es cosa fuera de toda duda,

1 Pág. 60 y 61.

puesto que sólo se han de revelar al Juez y al Fiscal con *la reserva debida,* y porque si á todos hubiera de revelarse, entonces es bien claro que no había tal secreto, y lo sencillo y natural sería prohibir los comunicados secretos. ¿Es concebible, siquiera, que se conceda sobre este punto *algún derecho* á los herederos testamentarios ó legítimos, cuando la calificación de la legalidad de su destino y de la verdad de su aplicación ó inversión, se hace sin ingerencia, intervención ni conocimiento alguno de dichos herederos? Me parece que esto es de lo que no se discute.—*Los herederos legítimos ó testamentarios quedan completamente fuera de interés, fuera de acción, fuera de causa, en cuanto á esos comunicados secretos se refiere; y quedan sobre todo fuera de interés, fuera de acción y fuera de causa los herederos testamentarios que reciben por el testamento todo lo que el testador quiso que recibieran.*—Nada hay en la situación que suponemos, que pedir ni que exigir al albacea; pero si algo hubiere, *sólo podría exigirlo*, según la ley de 1857, el Defensor Fiscal y el Juez de la testamentaría, y según la legislación actual, el Ministerio Público y el juez de la testamentaría. Suponer lo contrario, suponer que *tienen acción para exigir algo los herederos legítimos y sobre todo los testamentarios*, es pretender otorgar una patente de ineptitud al profundo jurisconsulto D. Antonio Martínez de Castro, al ilustre abogado D. José María Iglesias, y á los distinguidos abogados que formaron los Códigos de 1870 y de 1884, que pretendieron conceder una acción á aquellos mismos á quienes ponen fuera de la aptitud

jurídica necesaria para poder ejercerla. El que quiere el antecedente quiere el consiguiente; y el que no quiere el antecedente no quiere el consiguiente, que sólo de aquél se deduce.»[1]

Creo que, después de esto, también puedo decir que el Sr. Mateos Alarcón ó no sabe leer ó no leyó mi informe de primera instancia.

Continúa el Voto diciendo: «Pero si se sostiene que tales excepciones se han objetado contra la acción con la cual se pretende la caducidad del comunicado, entonces resulta que, aun bajo *el falso supuesto de que los arreglos de 1869, fueran una verdadera transacción,* ésta no podría comprender *los derechos eventuales* del Sr. Amor á los bienes destinados para ese comunicado; porque estando los albaceas en aptitud y posibilidad de cumplir la voluntad del testador, no había caducado, y no había, por lo mismo, lugar á la sucesión ab-intestato. Es decir, que *la renuncia hecha por el Sr. Amor á los bienes de la sucesión testamentaria,* dándose por pagado de su haber hereditario con la hacienda de San Gabriel, no comprendió más que *los derechos que tenía entonces sobre el tercio de aquellos bienes*, en los cuales fué instituído heredero en unión de otras nueve personas, y *no los que pudiera tener y no tenía respecto de los dos tercios destinados para el comunicado secreto.*»

Tenemos la cuarta afirmación gratuita para sostener la más atrevida de las paradojas que se ha presentado á los Tribunales de Justicia. Y la paradoja

1 Págs. 154 y 155.

está demostrada en el mismo párrafo transcrito; pues en ese mismo párrafo se habla de los *derechos eventuales* del Sr. Amor á los bienes del comunicado y se habla también de que se dió por pagado de los derechos que tenía entonces y no los que pudiera tener y *no tenía* respecto de esos bienes. ¿Por fin tenía ó no tenía derechos, aunque fueran eventuales? Si tenía derechos, aunque fueran eventuales, ¿por qué no había de poder darse por pagado de ellos? Y si no tenía tales derechos, ¿por qué les llama derechos eventuales? Sobre argumento semejante presentado por el Sr. Diego Fernández, informaba yo en segunda instancia.

El Sr. Diego Fernández presentó en segunda instancia y repitió ante vosotros este argumento, en la siguiente forma:[1] «¿Qué ha renunciado D. Ignacio Amor? ¿Ha renunciado los derechos que tenía á la sucesión de D. Manuel Escandón? ¿El derecho de acrecer cuando se formó este convenio—el de división de Mayo de 1869—era un derecho? No. Luego no está renunciado,» y continuó luego diciendo y repitió ante vosotros que el derecho de acrecer no era un derecho puro, ni un derecho condicional, y que por lo mismo no era derecho.

Voy á desvanecer este sofisma sobre el cual descansan varios de los capítulos de casación, bajo la forma de que no existe el derecho de acrecer, sino cuando se verifica la causa que determina el acrecimiento.

Dice la Enciclopedia Española de Legislación y Jurisprudencia, V° «Acrecer:» «Derecho de acrecer es

1 Folleto, p. 228

aquel en virtud del cual la porción de los herederos ó legatarios que faltan, y han sido llamados con otros á una misma herencia ó legado, se agrega á sus compañeros.»

Proudhon[1] dice: «Le droit d'accroissement, pris dans un sens général, est le droit qui appartient à un cohéritier ou à un colégataire, de prendre ou de retenir la portion de l'hérédité ou du legs qui était déférée ou destinée à son cohéritier ou à son colégataire, mais qui se trouve vacante lorsque celui-ci refuse de l'acepter, ou est incapable de la recueiller.»

«Primo, quia conjunctus re tantum venit per jus non decrescendi, & videtur vocatus ad totam hæreditatem, vel rem in solidum, licet faciat partem per concursum.»[2]

Ch. Maynz. Cours de Droit Romain.[3] «Mais, comme, dans son application, le droit d'accroissement suppose que la part de celui qui en doit profiter ait été limitée par le concours du défaillant, il s'ensuit qu'il opére d'abord en faveur de celui ou de ceux qui se trouvent institués conjointement avec le défaillant, c'est-à-dire pour le même part héréditaire que lui, CONJUNCTI ou RE CONJUNCTI.—Quand ces conditions se trouvent réunies, la part de l'héritier défaillant accroit aux autres héritiers appelés avec lui, qui seront dès lors dans la position qu'ils auraient eu dès l'origine, si le defaillant n'avait point été appelé. Cet accroissement a lieu tant dans les successions *ab intestat* que dans les successions testamentaires."

1 Traité des droits d'usufruit, § 556.
2 Antonio Gómez, Variæ Resol. De jure accresc. Cap. X, § 32.
3 Tom. 3, Lib. V, tít. 1°, Chap. 3, § 404.

Proudhon[1] dice: «Les légataires entre lesquels existe la conjunction réelle réciproque dont nous parlons ici, sont donc des véritables *créanciers solidaires d'une même chose intégralement léguée à tous et chacun d'eux;* et comme l'un ne peut avoir plus de droit que l'autre, puisque toutes les dispositions faites en leur faveur sont également valables, et que les droits qui en dérivent sont simultanément confirmés par la mort, et où à l'instant du décés du testateur, il arrive necessairement que s'ils lui survivent tous, qu'ils se présentent pour recuellir, et soient capables de recevoir, ils ne pourront avoir que chacun leur quote part dans le tout, et c'est là ce que les jurisconsultes romains appellent *partes concursu fieri*; en sorte que, par l'effet de ce partage auquel on est forcé d'arriver en exécution, chacun des légataires souffre un véritable *retranchement ou decroisement*, *puisque le tout lui avait été légué*, et qu'il se trouve reduit à n'en avoir que sa portion virile.»

Antonio Gómez: [2] «Tertia ratio nova & subtilis etiam potest esse, quia quando portio vel lucrum defertur immediate ob ipsa lege, transmittitur ad hæredes, licet non fuerit adita: ita probat textus notabilis *in leg. Edicto. § Ad hæredes. ff. de Jur. fisc.* ubi habetur, quod lucrum lege delatum ei qui se detulit, transmittitur ad *hæredes* ante agnitionem . . . .
Sed jus accrescendi defertur immediate à lege, licet ex tacita mente defuncti, ut *in l. Si in testamento. ff. de Vulgar. & pupillar.* Ergo merito ante aditionem transmittitur.»

1 Traité cit., § 585.
2 Variæ Resol. De Jure Accresc. Cap. X, § 35.

Según Gayo:[1] pasa al sustituto la parte del sustituído, aun la del que faltara «neque interesse, jure institutionis quisque et majore parte heres factus esset, an quod per Legem alteram partem alicujus vindicasset," y Goth anota: "Papiam caduciariam 1. un C. de Caduc. id est jure acrescendi: et sic pars jure acrescendi dicitur propia.»

Laurent es completamente claro á este respecto,[2] pues dice[3] que los legados son una carga impuesta al heredero ó al legatario universal, y si por cualquier motivo desaparece no queda la carga: «Ce n'est pas un droit d'acroissement, c'est une charge de moins que le légataire a supporter.» El mismo autor dice:[4] «Quand une seule et même chose est léguée á plusieurs personnes par une seule et même proposition, les légataires sont conjoints, c'est-à-dire, comme l'explique Pothier, *qui'ils sont légataires du total de la chose.* Lorsque l'un et l'autre viennent au legs, il se fait nécessairement des parts, puisque la chose ne peut appartenir à chacun d'eux pour le total. Mais si l'un des légataires fait défaut, l'autre aura le tout; pourquoi? *Jure accrescendi,* repond Pothier, où plutôt *jure non decrescendi,* car chacun des colégataires étant légataire du total de la chose, il prend le total par cela seul qu'á defaut de concours il ne se fait point de parts. C'est donc improprement que l'on appelle *accroissement* le droit en vertu duquel le légataire resté seul prend toute la chose. Il ne lui ac-

1 L. 5, lib. 28, tít. 6, Dig.
2 Loc. cit., t. 14.
3 Núm. 293.
4 Núm. 303.

croit rien, car il était appelé au total de la chose. Il ne lui décroit rien, parce que son colégataire ne concour pas avec lui.»

Termina el autor citado sus enseñanzas sobre esta materia, con lo siguiente:[1] «Le droit d'accroissement est il transmissible aux successeurs de celui qui en profite? Il n'y a aucun doute quant aux successeurs universels; ils succédent à tous les droits du défunt; or, le colégataire avait droit de recuellir la part de celui qui fait défaut; ce droit n'a rien de personnel, c'est un droit qui procéde de la nature du legs, donc un droit patrimonial, et comme tel il passe aux successeurs du légataire qui vient á décéder, avant que le legs de son colégataire soit devenu caduc. S'il s'agit d'un successeur à titre particulier, tel qu'un cessionnaire, la question est très-controversée; nous y reviendrons au titre de la Vente.»

No necesitábamos de todas estas autoridades para refutar la nueva teoría; porque la paradoja se descubre en la misma proposición que se presenta: «*El derecho* de acrecer no es *derecho.*» Si no es derecho, ¿por qué le llama derecho?

El derecho de acrecer no es sólo un derecho, sino que es un derecho especial que, en opinión de Antonio Gómez, se adquiere sin necesidad de adir la herencia.

La teoría del derecho de acrecer, sobre todo cuando se trata de conjuntos, consiste en que la cosa pertenece íntegra á cada uno y en consecuencia la parte del que falta le pertenece por el derecho de no decrecer.

El Sr. Mateos Alarcón no admite que procede en

1 Núm. 321.

el caso el derecho de acrecer, acaso para evitar el peso de los argumentos que preceden, pero sí adopta el pensamiento del Sr. Lic. Diego Fernández.

D. Ignacio Amor, se dice, no tenía derechos al comunicado en 1869, y en efecto no los tenía entonces, porque no los tiene ahora y no los tendrá nunca; pero si los tiene ahora es porque los tenía entonces; porque:[1] «La sucesión se abre en el momento en que muere el autor de la herencia.» Se confunde el derecho á la cosa con la cosa misma, se pretende que el derecho á los frutos de una cosa nace cuando los frutos se cosechan, que el derecho á las utilidades de una sociedad nace cuando las utilidades se obtienen. Parecía que no debiera ser un Magistrado quien nos obligara á trascribir una enseñanza tan elemental como ésta.

Dice Laurent:[2] "Le défunt cesse de posséder et d'avoir des droits au moment où il expire. Que vont devenir ses biens et ses droits? Si l'on admet le droit d'hérédité, il faut répondre: Les héritiers prennent la place du défunt, et ils la prennent naturallement quand elle devient vacante. C'est ce qu'exprime énergiquement ce vieil adage: «Le mort saisit le vif et son hoir plus proche.» Les biens et les droits ne restent donc pas un instant en suspens; le défunt est remplacé au moment où il décéde, dit l'Exposé des motifs: pour mieux dire, c'est lui-même qui met son héritier à sa place, en le saissant de la proprieté et de la possesion de tout ce qui lui appartient. De là cette conséquence importante que le défunt a pour héritier celui qui,

1 Art. 3,664.
2 Principes de droit Civil, t. 8, núm. 511.

à l'instant de sa mort, se trouve appelé par la loi.»

Contra todo esto, le basta al autor del Voto presentar su afirmación gratuita, que estima ha de pesar más en la balanza del derecho que la opinión de Antonio Gómez, Proudhon, Laurent, Maynz y Gayo.

Y adelantan algo para su objeto los Sres. Diego Fernández y Mateos Alarcón, con su nueva y extraña teoría? Para que de algo les aproveche este error tienen que sostener, como lo hace el Sr. Diego Fernández en el capítulo XXI, el segundo error de que sólo pueden renunciarse los derechos actuales y efectivos, y si esto es lo que sostienen, me basta para demostrar su error, acudir al Escriche, Dic. de jur. v. renuncia, que dice: «*Renuncia.* La dejación voluntaria, dimisión ó apartamiento de alguna cosa, derecho, acción ó privilegio que se tiene *ó se èspera tener*.... Algunos dividen la renuncia en translativa y abdicativa. Renuncia translativa, que también llaman transmitiva, es la que comprende los bienes, derechos y acciones que el renunciante tiene adquiridos y que por una especie de donación ó cesión implícita transfiere en la persona por quien se hace la renuncia, que es á la que aprovecha solamente. Esta renuncia es realmente cesión, puesto que en nada se diferencía de ella. *Renuncia* abdicativa, que también se dice extintiva, es aquella en que el renunciante *nada cierto* y *determinado da ni transfiere de presente, porque nada tiene ni posee*, sino que solamente se aparta para siempre de cualquier derecho que en lo futuro pueda adquirir.»

Decía el Sr. Diego Fernández en alguno de sus anteriores informes, que no hay error que no tenga por

defensor algún filósofo, mas yo creo que no ha de encontrar un solo filósofo ni un solo autor que defienda la teoría de que el derecho de acrecer no es derecho, ó la de que el derecho de acrecer no nace sino cuando se verifica la causa que determina el acrecimiento. Tengo para mí que el Sr. Diego Fernández ha de quedar por único inventor de esa teoría, y el Sr. Mateos Alarcón por su único prosélito.

Continúa el Sr. Mateos Alarcón: «Es decir, que *la renuncia hecha por el Sr. Amor á los bienes de la sucesión testamentaria*, dándose por pagado de su haber hereditario con la hacienda de San Gabriel, no comprendió más que *los derechos que tenía entonces sobre el tercio de aquellos bienes,* en los cuales fué instituído heredero, en unión de otras nueve personas, y *no los que pudiera tener y no tenía respecto de los dos tercios destinados para el comunicado secreto.*»—El dictamen de los abogados informantes, referente á esos arreglos es, según dice y repite á cada paso el actor, parte integrante de los arreglos mismos, y ese dictamen dice: «Que se considera como los dos tercios del *caudal* lo que vale el derecho en el camino de hierro, y se aplica éste á los Sres. D. Antonio Escandón y Lic. D. Alejandro Arango y Escandón, *separando á los demás interesados de todo derecho que tuvieran en esta parte de los bienes.*»

Manifiesta, clara é indudablemente están en contradicción el Voto y el Dictamen, y si éste constituye contrato, el Voto violó manifiesta, clara é indudablemente la ley del contrato.

No es verdad lo que asienta el Voto; pero si lo fuera, no tendría derecho alguno la testamentaría de-

mandante por otra consideración. Si esos derechos eventuales no existían, si no han sido considerados en los arreglos de Mayo, entonces el derecho que pueda haber sobre esos bienes, no correspondía á D. Ignacio Amor ni á sus sucesores, sino á Escandón Hermanos en liquidación; pues dice la proposición octava del dictamen aprobado por el Juez: «8ª Cuanto resultare en pro ó en contra de la testamentaría, y *no estuviere considerado en el rcsumen numérico que de ella hemos hecho, ni en estas proposiciones, será exclusivamente propio de los herederos expresados en la proposición anterior:*—«Escandón Hermanos en liquidación,»—á ellos sólo aprovechará y sólo á ellos perjudicará, según fuere favorable ó adverso lo que resultare.» [1]

Contra todas estas doctrinas, contra todas estas constancias se levanta la voz del Sr. Mateos Alarcón, y creo que lo menos que podemos decir es que no ha leído los arreglos de Mayo, ó que no sabe leer.

He sostenido en mis alegaciones, que se oponía á la demanda la excepción de cosa juzgada derivada de la sentencia que se pronunció en el juicio iniciado por la Beneficencia, y de la pronunciada en el juicio promovido por el Procurador de Justicia, esforzándome en demostrar que procedía así por excepción de la regla *res inter allios acta*, la primera por tratarse de un testamento y ser la misma la causa y razón de pedir, y la segunda por tratarse del principal ó más bien el único interesado, y el Voto desecha la teoría invocando la regla, que nadie niega como regla, es

1 Fojas 76 vta. y 77.

decir, refutando todos mis estudios, los del Juez 5º de lo Civil y los de la mayoría de la tercera Sala, con una quinta afirmación gratuita.

La sentencia de 10 de Julio de 1869 dió por terminado el juicio de testamentaría, y por lo mismo, todas las cuestiones relativas á la sucesión de D. Manuel Escandón, formando excepción de cosa juzgada respecto de ellas, y el Voto declara, por la 6ª aseveración gratuita, que esa sentencia *no recayó sobre los derechos que ampara la acción deducida.*

Continúa el Voto: «Por último, la excepción de prescripción se dirigió también contra la acción ejercitada para que se revelara el comunicado secreto, que como se ha dicho, quedó retirada del debate desde antes de que se contestara la demanda; y lo demuestran plenamente los razonamientos que la fundan, toda vez que por ellos se intenta demostrar que la revelación sólo puede pedirse durante la secuela del juicio testamentario, y que, cualquiera que sea la fecha que se tome como punto de partida, aquella en que se inició éste, ó en la que se dió por terminado, 8 de Julio de 1862 ó 10 de Julio de 1869, ha pasado ya el término dentro del cual era exigible el deber de revelar el comunicado á la autoridad judicial.»

Dice mi escrito de contestación de la demanda: «Repito que no había derecho para pedir la revelación de los comunicados, *ni el valor de ellos*, en vida de aquellos á quienes el secreto se confiara, menos le puede haber después de que han fallecido, y menos aún después de tanto tiempo pasado.—«Si algún derecho había para exigir esos comunicados *ó el valor de ellos*, la acción respectiva nació desde 8 de Julio de 1862,

en que se concedió licencia para facción de inventarios, y duró hasta Julio de 1869 en que se aprobó la cuenta de división y partición y se declaró terminada la testamentaría. Cualquiera de estas fechas que se tome como punto de partida, ya la prescripción, que como excepción alegó subsidiariamente, *ha cubierto con su manto los actos ejecutados y extinguido cualquierd derecho que hubiera podido existir.*» [1]
"La prescripción es uno de los modos *de aquirir* y de librarse de las obligaciones contraídas. L. 1, tít. 29, P. 3ª, arts. 1,165 del Cód. civ. de 1870 y 1,059 del vigente.[2]

Si leyó la parte trascrita de mi contestación á la demanda, no sé yo con qué conciencia se puede afirmar que no he alegado la excepción de prescripción, sino contra la revelación del comunicado.

Continúa el Voto: «No cree el que suscribe que tal excepción sea procedente contra la acción á que se refiere, pero mucho menos lo es contra la que tiene por objeto què se declare la caducidad del comunicado, bajo el falso supuesto de que se hubiera alegado para destruir ésta, ya se trate de la prescripción positiva, ya de la negativa. En vano se buscarán en las constancias de los autos una sola que, siquiera remotamente ó por inducción, haga presumir la existencia de esos requisitos esenciales, sin los cuales no puede consumarse la prescripción, porque no se encontrará. Y si no existe la demostración de la existencia de tales requisitos, no se puede tener por probada la prescripción adquisitiva, que en el tecnicismo

1 Excep. VI.
2 Fundamento 11.

del derecho se conoce con el nombre de positiva.»

Se funda la demanda en que pertenece al comunicado la concesión del ferrocarril de México á Veracruz y consta que es de D. Antonio Escandón: 1º Por la escritura de traspaso de los Sres. Mosso Hermanos: 2º Escritura de fianza otorgada por D. Manuel Escandón: 3º Escritura pública sobre construcción del ferrocarril de México á Puebla: 4º Escritura pública de poderes otorgados por D. Manuel Escandón y por los Albaceas de su testamentaría: 5º Escritura pública de traspaso de D. Antonio Escandón á la Compañía Inglesa: 6º Varios documentos privados presentados por el actor: 7º Varios documentos privados presentados por los demandados, y 8º Todos los decretos promulgados desde 1857 á 1864 sobre el ferrocarril.

Todo esto no le parece al Sr. Mateos Alarcón que constituye *el menor indicio* de posesión, título, ni buena fe, y, á la verdad, que yo no sé entonces de qué manera se podrán acreditar esos requisitos á juicio de dicho señor.

Aun prescindiendo de esto, de lo que no se puede prescindir sin variar todo el plan del actor, en autos está, y presentada por la parte actora, la escritura de finiquito otorgada por el Lic. D. Alejandro Arango y Escandón en 7 de Abril de 1880, en la que el dueño del comunicado hace constar que nada de lo perteneciente al comunicado queda en poder de la testamentaría de D. Antonio Escandón. Si algo tuvieran, que nada tienen, los Sres. Escandón y Barron que pertenezca al comunicado ¿no sería siquiera ese documento título bastante á juicio del Sr. Mateos Alarcón para adquirir prescripción? ¿No sería, al menos, un indicio

de título, ó una constancia que *siquiera remotamente ó por inducción* hiciera presumir la existencia de esos requisitos esenciales?

De verdad que yo no sé qué decir ni qué argumentar en presencia de negativa tan redonda, en frente de pruebas tan completas y tan acabadas, y sin tomarse la molestia de decir una palabra para destruirlas ó para desvanecerlas.

Dice el Voto: «El derecho de suceder ab-intestato en los bienes del comunicado secreto, y por consiguiente, la acción para pedir que se declare caduco, *nació en la fecha en que por la muerte del último de los albaceas se perdió la posibilidad de saber y de ejecutar la voluntad del testador;* y como tal acontecimiento tuvo lugar el día 28 de Febrero de 1883, en que falleció el Sr. Lic. Alejandro Arango y Escandón, es claro que hasta hoy no han corrido los veinte años de la ley, y por tanto, que no se ha consumado la prescripción.»

He aquí la 6ª, y acaso la más grave de las aseveraciones gratuitas que contiene el documento que estamos analizando. ¿Por qué es la muerte del último de los albaceas la causa de la caducidad? Y se contesta, que esa es la causa de la caducidad, en razón de que *por la muerte del último de los albaceas se perdió la posibilidad de saber y de ejecutar la voluntad del testador.* Y vuelvo á preguntar: ¿por qué con la muerte del último de los albaceas se perdió la posibilidad de saber y de ejecutar la voluntad del testador? Y ya no queda otra respuesta que dar más que la de que se perdió esa posibilidad, porque así le place decirlo al Sr. Lic. Mateos Alarcón.

¿Quién asegura, ni podrá asegurar al Sr. Mateos Alarcón, que el comunicado no sea un documento auténtico que designe el ejecutor para después de la muerte de los dos designados públicamente? ¿Quién le asegura que no haga referencias á otro documento que haya de permanecer reservado hasta después de la muerte de los dos albaceas? ¿Por qué había de ser imposible que el Sr. Arango, que me distinguía con su amistad, no me hubiera entregado ese documento para que se presentara cuando fuere conveniente? Yo declaro que jamás me habló una palabra de semejante cosa, pero antes de esta declaración mía, nadie estaba justificado para afirmar su imposibilidad. ¿Por qué ha de ser imposible que el comunicado original esté depositado en el Oficio de D. Ramón de la Cueva, que autorizó el testamento de D. Manuel Escandón? ¿Cómo, pues, se aventura á hacer la base de derechos tan graves una imposibilidad ficticia, que hay mil maneras de que deje de ser tal imposibilidad?

Negar la posibilidad de los acontecimientos humanos es, por regla general, el atrevimiento inconsciente de la soberbia.

He sostenido en mi informe [1] que la prescripción de que aquí se trata tiene que regirse por las leyes mercantiles, y basta entonces el tiempo trascurrido desde Febrero 28 de 1883 á la demanda.

Extracta el Voto los razonamientos de la Sentencia en el considerando 5º y siguientes, y agrega: «No es el ánimo del que suscribe hacer la crítica de la sentencia, porque faltaría á su deber; pero sí se cree obli-

1 Página 253.

gado á manifestar que á su juicio, *son enteramente erróneas las apreciaciones á que se refiere*, y alude á ellas, porque al contradecirlas expresará los fundamentos sobre que reposa su Voto, distinto del de la mayoría de la Sala.»

El Magistrado disensiente dice que faltaría á su deber si criticara la sentencia, y, como siempre se decide á criticarla, resulta que se resuelve á faltar á su deber, lo que me parece á mí una prueba más de la ligereza de los raciocinios en que descansa el Voto.

Veamos si tiene razón en las críticas que formula: «No es exacto, dice, que las leyes nada determinan acerca de la forma jurídica, ó mejor dicho, *la forma del procedimiento* que se debe observar respecto de la revelación de los comunicados secretos; pues el art. 13 de las instrucciones para el Juzgado de Difuntos de esta Capital, aprobados en 1805, declara que se haga al Juez respectivo, para que si hallare que son justos y arreglados á las leyes, permitan su cumplimiento, poniendo la constancia necesaria, de la cual se debe dar la certificación respectiva al albacea para su resguardo.—El Sr. Lic. Sánchez Gavito ha combatido esa disposición, sosteniendo que no está vigente, porque suprimido el Juzgado de Difuntos debió cesar su vigencia, y que tal vez este es el motivo por el cual no se halla inserta en la colección de leyes de los Sres. Dublán y Lozano. Pero no ha aducido prueba alguna que justifique su aseveración, ni existe precepto alguno legal, que de una manera implícita ó expresa derogue esa disposición, ni la ley de 10 de Agosto de 1857, ni los Códigos de Procedimientos promulgados sucesivamente en 1872, 1880 y 1884,

han determinado nada sobre el particular.—Además, si se debiera juzgar de la vigencia de las leyes por el hecho de estar insertas en la colección de los Sres. Dublán y Lozano, habría que convenir en que no están vigentes las leyes expedidas por el Congreso de la Unión en 1884 y 1885, aprobando los contratos celebrados con el Sr. Luis Huller y otros individuos para la colonización de la Baja California, el deslinde previo de varias zonas de ella, la construcción de ferrocarriles, etc.—La derogación de las disposiciones legales sólo se obtiene mediante declaración expresa del legislador, ó por el hecho de promulgarse leyes cuyos preceptos pugnan abiertamente con las que estaban vigentes al tiempo de verificarse tal hecho; y no habiendo ninguna disposición que tácita ó expresamente haya derogado la mencionada, es fuera de duda que se halla en toda su fuerza y vigor, y que á ella deben sujetar los jueces sus procedimientos, en cuanto á la revelación de comunicados secretos.—Tampoco es cierto que por la extinción del Juzgado de Difuntos, haya cesado la vigencia de la disposición citada, porque las funciones atribuídas á él, pasaron á los Juzgados del orden civil, los cuales no han tenido otra norma para regir los *procedimientos* respecto de la revelación de tales comunicados, que los establecidos por esa disposición.»

No hay una palabra de verdad en todo lo anteriormente trascrito. Y empezando por el último párrafo, ¿por qué, á pesar de haberse extinguido el Juzgado de Difuntos, continúan en vigor las disposiciones especiales formadas para ese Juzgado? Unica y exclusivamente porque así lo dice el Sr. Lic. Mateos Alar-

cón. En presencia de esta séptima afirmación gratuita, dan ganas de abandonar la discusión seria y decir con un conocido cuento: «Entre amigos con verlo basta.»

Si por la repetición del delito de plagio ú otro cualquiera, se establecieran Cortes Marciales para juzgarle, dándoles reglas para un proceso sumarísimo, cuando desaparecieran esas circunstancias y cesaran las Cortes Marciales, es fuera de duda que cesaba también el procedimiento para ellas establecido, y que no era aplicable á los juzgados del orden común que posteriormente conocieran de ese delito. ¿Acontece cosa distinta con las instrucciones formadas para el Juzgado de Difuntos? Así lo asegura el autor del Voto, y seguramente piensa que con que él lo diga basta; pero yo no me doy por convencido, y supongo que tampoco se darán por convencidos los Señores Magistrados que me escuchan.

Examinemos la disposición misma que se invoca. En mi Informe de primera instancia ataqué la autenticidad, valor legal y vigencia de las Instrucciones referidas, apoyándome en que no se encontraban en la colección de leyes de los Sres. Dublán y Lozano. Sin duda que esto era un elemento de prueba; pero el autor del Voto se apresura á demostrar que ese fundamento no es bastante, y en efecto no lo es, porque, aunque la colección tiene el carácter de oficial, no hay ley que le haya dado valor legal como colección.

Reconozco, pues, que ha refutado la razón por mí invocada, pero el autor del Voto olvida las condiciones del debate, pues negada por mí la autenticidad, valor legal y vigencia de esa disposición, tocábale demostrar esos extremos con argumentos positivos,

y ninguno, absolutamente ninguno aduce el Voto sobre el punto capital que sirve de base á los raciocinios que analizamos.

¿Qué es lo que hay con referencia á esa disposición? El Sr. Lic. Diego Fernández publicó en sus anexos, bajo el núm. 83, [1] una real cédula de fecha Marzo 29 de 1634 y el art. 13 de las instrucciones mencionadas, sin decir de dónde había tomado estos documentos, pero los encontré en el tomo 2º de las Pandectas del Lic. D. Juan N. Rodríguez de San Miguel, bajo los núms. 3,505 y 3,506, refiriéndose la real cédula á los intestados; y las instrucciones dicen así: [2]

«Art. 13.—*De las nuevas instrucciones para el Juzgado de bienes de Difuntos de México, aprobadas é impresas en 1805.*—RELATIVA Á LA MATERIA DEL NÚMERO ANTERIOR.—13. Dejan muchas veces los testadores memorias privadas ó comunicados secretos, y suelen añadir encargos muy estrechos para que en ningún caso ni á Juez alguno se manifiesten ó revelen; pero como á la sombra de semejantes disposiciones se podrían frustrar las leyes dictadas en beneficio público ó de las familias y personas particulares, *están autorizados los jueces* generales del Juzgado, para obligar y compeler á los albaceas á que se les manifiesten reservadamente, á efecto de que reconocidas, si las hallaren justas y arregladas á las leyes, se las devuelvan para su cumplimiento, de lo que harán poner la constancia necesaria; y que con referencia á ella se dé á los albaceas certificación para su resguardo. Pero si juz-

1 Pág. 23 á 25.
2 Pág. 666.

garen que por ser contra derecho no deben cumplirse, dispondrán lo que según las circunstancias sea más adaptable, conservando en cuanto se pueda el secreto.»

¿Quién formó esas instrucciones? No lo dice el Sr. Rodríguez de San Miguel. ¿Quién las aprobó y por qué tienen fuerza de ley? No lo dice tampoco el Sr. Rodríguez de San Miguel, ni el Sr. Diego Fernández, ni el Sr. Mateos Alarcón.

Supongamos, sin embargo, que en su tiempo y lugar tuvo esa disposición fuerza de ley; ¿la tendrá en la actualidad? Dice el Voto que las leyes no se abrogan tácitamente sino cuando los preceptos de la ley nueva pugnan abiertamente con los de la ley antigua, y si es verdad que éste es un modo tácito de abrogación, no es el único; porque hay también abrogación tácita de la ley cuando la ley nueva reglamenta la misma materia de que se ocupaba la ley antigua. Enseña Demolombe:[1] «Lorsque la loi ancienne et la loi nouvelle statuent sur la même matière, et que la loi nouvelle ne reproduit pas une disposition particulière de la loi ancienne, sans pourtant prononcer d'abrogation expresse, on est néanmoins autorisé à dire que cette disposition particulière est abrogée.—En effet, si le législateur, qui ne prononce pas l'abrogation formelle, ne doit pas, en général, être présumé vouloir empécher, comme on l'a dit, la *fusion* des deux lois, il en est autrement, lorsque la loi nouvelle crée, sur la même matière, un systéme entier et complet, plus ou moins différent de celui de la loi ancienne. Il ne serait

1 Traité de la public. des effets et de l'applic. des lois en géneral, tomo I, núm. 128.



pas sage alors, suivant la remarque de M. Mérilhou, d'altérer l'économie et l'unité de cette loi nouvelle, en y mélant les dispositions, peut-être hétérogènes, de la loi ancienne, qu'elle a remplacée.» H. F. Rivière, dice:«[1] Quand deux lois statuent sur la même matière, et que la loi nouvelle est muette sur un cas prévu par une disposition particulière de l'ancienne loi, sans cependant prononcer littéralement une abrogation, il est permis de dire que cette disposition est virtuellement abrogée.»

La ley de 10 de Agosto de 1857, ha determinado sobre la misma materia que las Instrucciones y además ha establecido un sistema completo, luego esta ley derogó tácitamente el art. 13 de las Instrucciones, aun suponiendo que tuvieran un valor legal. Permitamos sin embargo que se necesita una disposición incompatible con la primera, y hallamos entonces derogado el art. 13 sin necesidad de llegar al año de 1857, pues en las mismas Pandectas se halla posterior al art. 13 y bajo el núm. 3,507, la disposición que sigue:[2] «Auto acordado del Supremo Consejo, acerca del art. 150, § 1º, tít. 13, lib. 4 de las sinodales de Caracas, que ordena que todos los fideicomisarios de cualquiera calidad, estado y condición que sean, ocurran al diocesano á manifestar con juramento si son obras piadosas las que se les hubieren comunicado en confianza; y que siéndolo, declaren cuántas, y dónde se han de ejecutar.—Hallándose recomendado el secreto por otro natural, y siendo introducción del mismo derecho para conservación de la sociedad huma-

1 Loc. cit., tít. prelim., § 4, núm. 25.
2 Pág. 667.

na que tanto pende de las confianzas; y así el secreto natural se halla relevado de todos los preceptos superiores, menos en aquellos casos que de su observancia y cumplimiento se causa algún perjuicio público ó daño particular á algún tercero, pues en estos casos como el mismo derecho natural influye ó impele á que se halle siempre en salvo el interés de la causa pública, y de cualquiera individuo, obliga á que se deba y pueda revelar ó manifestar. Y así, siendo el fin de la constitución antecedente el que se cumpla la voluntad de los difuntos en la ejecución de lo que dejan mandado en confianza, y asegurar la conciencia de los comisarios con el presupuesto referido, *se da el pase con calidad de que se excuse la excomunión mayor*, que sin expresar *la obra pía á que se aplicare el fideicomiso* (cuando hubiere inconveniente en hacerlo) *declaren los fideicomisarios con juramento, si tienen cumplido aquello que se les ha encargado.*»

Según esta disposición, cuando el ejecutor asegura que es una manda bajo reserva, basta que jure haber cumplido con lo que se le ha encargado, y esta disposición es enteramente incompatible con la revelación al Juez, que según los Sres. Diego Fernández y Mateos Alarcón, previene el art. 13 de las Instrucciones.

Pero no solamente esto, sino que tenemos derogación expresa. El Voto dice que "no existe precepto alguno legal que de una manera implícita ó expresa derogue esa disposición, ni la ley de 10 de Agosto de 1857, ni los Códigos de Procedimientos promulgados sucesivamente en 1872, 1880 y 1884, han determinado nada sobre el particular." Busca el Voto la dero-

gación de esa disposición en los Códigos de Procedimientos y la buscó en buen lugar; porque el art. 13 citado si es ley, es una ley de procedimiento, y lo que al procedimiento concierna debe de buscarse en los Códigos de Procedimientos; pero si buscó en buen lugar no buscó con empeño, pues si hubiera buscado con algún empeño habría encontrado el art. 18 de la ley transitoria anexa al Código de Procedimientos Civiles de 1872, y cuyo art. 18 dispone: "Se derogan todas las leyes de procedimientos civiles promulgadas hasta la fecha," y lo mismo dispone el art. 6º transitorio del Código vigente.

Luego la disposición de que se trata está derogada tácitamente por disposiciones posteriores incompatibles, como es el auto acordado de las Sinodales de Caracas, y por disposiciones posteriores que trataron de la materia en general, como el art. 20 de la ley de 10 de Agosto de 1857, y por ley expresa, como el art. 18 últimamente citado.

Continúa diciendo el Voto: "Tampoco es exacto, como se establece en la sentencia, que no sea posible declarar la caducidad solicitada, sin exponerse á revelar secretos cuya reserva protege la ley; porque la *declaración no demanda que previamente se averigüe cuáles son los objetos á que estaba destinado el comunicado*, hecho que, por otra parte, sería perfectamente legal, sino solamente examinar si se ha llenado el requisito indispensable de la revelación, sin lo cual no se puede ejecutar, según las leyes, y *si hay prueba alguna de su ejecución*."

Me parece que los Señores Magistrados convendrán conmigo en que el párrafo trascrito no es pre-

cisamente un modelo de claridad. Dice que *la revelación es requisito indispensable para la ejecución del comunicado secreto*, y hasta esa parte del Voto no ha dado razón alguna que funde esa afirmación. Así lo entendió el autor del Voto, y por eso continúa: «Apoyan esta aseveración el art. 13 de las instrucciones para el Juzgado de Difuntos, y el art. 20 de la ley de 10 de Agosto de 1857, que ordenan que antes de la ejecución de los comunicados secretos, se revelen *necesariamente* á los jueces, para que se sepa si son justos y arreglados á las leyes, y *á fin de evitar que las dictadas en beneficio público y de las familias y personas particulares, sean frustradas.*» Pero léase el art. 13 de las instrucciones y el art. 20 de la ley de 10 de Agosto de 1857, y en éste se hallará la prevención de que se revele el comunicado; pero en ninguno de ellos se encontrará la disposición de que ese requisito no pueda ser dispensado, y por lo mismo ese punto esencial del debate se quedó sin prueba ni demostración alguna.

El art. 13 de las instrucciones ni previene que los jueces compelan á la revelación, ni menos que se revelen *necesariamente:* lo que ese artículo dice es que *están autorizados los jueces* para obligar y compeler á que los revelen, y de una autorización á una imposición necesaria, hay inmensa distancia.

Continúa el Voto: «Se ha dicho por el patrono de los demandados que la primera disposición no está vigente y que la segunda no es bastante explícita en sus términos, para inferir de ellos que sin revelarse previamente al Juez cuáles sean los objetos del comunicado, no se puede ejecutar. Pero prescindiendo de

que tal argumento carece de todo valor, por las razones expuestas antes, existe el art. 3º de la ley de 23 de Diciembre de 1843, aclaratoria de la de 18 de Agosto del mismo año, que estableció los impuestos sobre herencias transversales, concebido en los términos siguientes: «Se tendrán por comprendidos también en la misma ley los comunicados secretos; *y no se estimarán efectuados*, sino justificándose ante el Juez, con presencia é intervención del Promotor fiscal, y con la conveniente reserva.»

El argumento formulado por mí, dice el Voto que *carece de todo valor por las razones expuestas antes*, y como he demostrado que *antes* no ha dado el Voto razón alguna, quedó en pie mi argumentación.

Tráese al debate un elemento nuevo por lo que se llama ley de 23 de Diciembre de 1843, y esta disposición requiere un examen especial del que prescindo por ahora, para continuar analizando el Voto, anticipándome á anunciar que esa disposición no ha tenido valor legal, y aun cuando le hubiera tenido, ha sido derogada.

Continúa diciendo el Voto: «Si no hay una sola constancia en los autos de la testamentaría del Sr. Manuel Escandón de que se haya revelado á la autoridad judicial el comunicado secreto, y antes por el contrario, existe la transacción celebrada en 23 de Febrero de 1886 con el Gobierno, sobre el pago de la multa en que incurrieron los albaceas por no haber cumplido ese deber.... » Si fuera cierto que no había constancia alguna de que los ejecutores habían cumplido con su deber, si fuera cierto é indiscutible todo lo que asegura el Voto, el Gobierno no habría

transigido ese litigio. Lo único que de ese litigio se infiere en buena razón, en buena lógica, y en una discusión leal, es que el Gobierno promovió un litigio fundándose en la no revelación. Si ese litigio hubiera concluído por una sentencia ejecutoriada en contra de los demandados, podría valer algo el argumento, ó más bien dicho, el argumento sería decisivo conforme á mis teorías y á mi sistema de defensa; pero que ni la parte actora ni el Voto lo pueden invocar á su favor, por el sistema á que se acogen de *res inter allios acta.*

Una parte de mi Informe de primera instancia está destinada á demostrar que, supuesto que la revelación debió preceder á la aprobación de inventarios, y con mayor razón á la conclusión de la testamentaría, por la regla de que se supone *omnia ritè et rectè facta à judice*, se tiene que considerar como hecha la revelación, y á todos mis raciocinios y autoridades invocadas, contesta el Voto con una simple negativa.

Continúa aún: "*Y si por último, no se puede ejecutar porque el secreto era personalísimo de los albaceas y no lo han podido transmitir á sus herederos*, según lo establecen varias ejecutorias, entre otras la de 30 de Mayo de 1862, dictada por el Tribunal de Casación de España......"

Se quejaba el Sr. Diego Fernández del número de ejecutorias que yo había invocado en apoyo de mi tesis, y aun decía con cierto chiste en segunda instancia *que le había yo lapidado con 74 ejecutorias del Tribunal Supremo de España.* Pues ya ve el Sr. Diego Fernández cómo con ciertas personas nada sobra ni basta siquiera; porque contra esas 74 ejecutorias nos cita el Voto la de 30 de Mayo de 1862.

¿Dirá en efecto esa ejecutoria lo que dice el Voto, ó favorecerá siquiera sus tendencias? Aunque así fuera no podría prevalecer lo que diga una ejecutoria contra lo que dicen las 74 que el Sr. Diego Fernández ha tenido la laboriosidad de contar.

Pero sobre todo, tengo la pena de asentar que la ejecutoria citada no dice lo que el Voto asegura, ni favorece siquiera sus tendencias.

Esta aseveración es grave, y como así lo comprendo, me apresuro á presentar la prueba.

Dª Vicenta Llausa[1] otorgó testamento en 12 de Febrero de 1850, instituyendo heredero de confianza á D. Juan Coll para que distribuyese los bienes según le había comunicado reservadamente. Murió D. Juan Coll sin hacer testamento y la viuda promovió diligencias para que se tuviese por testamento la declaración que había hecho dos días antes de morir ante un escribano y dos testigos, los que declararon que era voluntad del finado instituir herederos á su mujer é hijos con la obligación de cumplir la confianza de Dª Vicenta, consistente en que la mitad de los bienes fueran para sí, y la otra mitad para Antonio Albert y José Sánchez, y el Juzgado declaró esa información como testamento de D. Juan Coll, cuya resolución revocó la Audiencia en sentencia de 2 de Diciembre de 1858, declarando nulo dicho testamento y en consecuencia ineficaz para trasmitir á la viuda y sus hijos, en el concepto de herederos, la calidad que tenía aquél de heredero de confianza de Dª Vicenta.

Los hermanos de ésta demandan á la viuda y here-

1 Colección especial, t. 7, núm. 148.

deros de D. Juan Coll la mitad de los bienes, y obtuvieron en 1ª y 2ª instancia, declarándose caduca la herencia y que era de sucederse en ella ab-intestato, siendo la sentencia de 2ª instancia de 22 de Marzo de 1860.

Los demandados interpusieron el recurso de casación, que fué desechado por sentencia de 30 de Mayo de 1862, por las consideraciones siguientes: «Considerando que la demanda que se ha propuesto en este pleito tiene por objeto que se declare la caducidad de la confianza que Dª Vicenta hizo en el testamento que otorgó en 12 de Febrero de 1850, y en su consecuencia, que la herencia corresponde á sus herederos ab-intestato: Considerando que si bien el heredero fiduciario D. Juan Coll, dos días antes de su fallecimiento, hizo la manifestación verbal que después se elevó á testamento, de la confianza que le encomendó Dª Vicenta, é impuso á su esposa é hijos la obligación de llevarla á efecto, fué declarado nulo por sentencia ejecutoria de 2 de Diciembre de 1858, é ineficaz para trasmitir á Dª Concepción Basas y á sus hijos, viuda é hijos de D. Juan Coll, en el concepto de herederos, la calidad que él tenía de heredero de confianza de aquella: Considerando, por consiguiente, que hay cosa juzgada respecto á la ineficacia de la transmisión de la confianza á la recurrente, y por tanto, que no se está en el caso de hacer aplicación de las leyes que se citan en apoyo del recurso.»

Como se vé no dice una palabra esa sentencia de que el heredero de confianza no haya podido transmitir el secreto. Lo que la sentencia dice, no es que en el caso que examina no se haya transmitido el secreto, sino lo que dice es que no se ha transmitido

la confianza, y aun respecto de esto, no hay resolución del Tribunal Supremo. En el caso hay dos sentencias que no se deben confundir: una de ellas es la de 2 de Diciembre de 1858, que, revocando la del inferior, declaró que la información rendida no constituía testamento de D. Juan Coll, que como tal testamento era nulo y por lo mismo ineficaz para transmitir la confianza de la testadora Dª Vicenta. De esta sentencia no se interpuso recurso de casación, y en consecuencia sobre lo dicho en esta sentencia no ha recaído resolución del Tribunal Supremo.

Seguramente con apoyo de esta sentencia se promovió el nuevo juicio sobre caducidad, que fué fallado en segunda instancia en 22 de Marzo de 1860, de una manera favorable á los demandantes, contra cuyo fallo se interpuso el recurso de casación, que fué desechado según los Considerandos que dejo copiados, los que nada dicen sobre legalidad ó ilegalidad de los fundamentos de la sentencia de 2 de Diciembre de 1858, sino que se limitan á consignar que dicha sentencia constituye cosa juzgada.

Todavía la sentencia de 2 de Diciembre de 1858 no favorece las tendencias del Voto, ni como sentencia de Audiencia; porque lo que ésta declara, es que la información levantada no constituye testamento de D. Juan Coll, y que, en consecuencia, es ineficaz para transmitir la confianza, de cuyas expresiones es lícito inferir que si se hubiera tratado de un testamento válido, habría sido eficaz para transmitir la confianza, á juicio de la primera Sala de la Audiencia de Barcelona, y entonces la sentencia que se invoca es clara y manifiestamente contraproducente.

Hay una sentencia del Tribunal Supremo de España, que ya cité en mi informe de primera instancia, y la que resuelve un caso idéntico en el terreno en que le coloca la parte actora, y es la pronunciada en 1º de Julio de 1844.[1] D. Pedro Pulgar y Castaño otorgó testamento en Madrid á 24 de Enero de 1844, dejando una memoria testamentaria en la que ordenaba que respecto de la hacienda de Pontevedra sus herederos respetaran lo que hicieran D. Manuel, D. Ubaldo y D. Agustín Pulgar, por lo que se dividieron los bienes hereditarios, sin hacer mención de la hacienda de Pontevedra, expresándose que se procedía así en cumplimiento de la memoria testamentaria referida, la cual habían mandado protocolizar los ejecutores manifestando estar cumplido lo en ella dispuesto.

Muertos los ejecutores se propuso demanda contra el heredero del último superviviente, fundándose en que «en virtud de la institución que D. Pedro Pulgar Castaño ordenó en su testamento, ley que regulaba la sucesión en su caudal á favor de D. Manuel, D. Ubaldo, D. Agustín y D. Atanasio, correspondía á cada uno la cuarta parte de los bienes de aquél; que era cierto que en virtud de la cláusula 12 de la memoria testamentaria de D. Pedro, sus hermanos D. Manuel, D. Agustín y D. Ubaldo, habían podido disponer de la hacienda de Pontevedra con la misma validez y eficacia que el testador, y por ello los demandantes, respetando esa cláusula y sus efectos, se consideraban sin derecho para extender su reclamación á aquella parte de las rentas de Galicia; que no

1 Tomo 55, núm. 285.

habiendo aparecido al fallecer el sobreviviente de los citados tres hermanos, no resultaba consumida ó invertida por ello; pero según la voluntad de D. Pedro, dicha hacienda sólo pudo tener un destino especial que la segregase y apartase de la universalidad hereditaria, si se la hubieran asignado las tres personas en quien residían las facultades de la cláusula 12, lo cual no hicieron y no podía ya hacerse, porque no existían; que por lo tanto la institución de herederos contenida en el testamento de D. Pedro Pulgar Castaño, era hoy el único título legítimo translatorio de la propiedad que el finado tuvo en la finca de Galicia, y por tanto, las demandantes en la medida de la participación que las tocó en la herencia de D. Manuel Pulgar, estaban asistidas de los derechos que á éste correspondían en la sucesión testada de su hermano D. Pedro; que la prescripción extintiva de las acciones no corre en daño de quien no puede accionar mientras subsista esta imposibilidad; y mediante la cláusula 12 citada, en tanto que vivió alguno de los tres hermanos en ella designados, faltaron términos hábiles para ejercitar el derecho que constituía la materia de esta demanda, porque el hermano sobreviviente, tal vez depositario de las instrucciones y acuerdos de D. Manuel y de D. Agustín, podía excepcionar invocando la cláusula referida; que el ejercicio del derecho de las demandantes no quedó por tanto expedito antes de la defunción de D. Ubaldo, acaecida en Agosto de 1874, en que quedaron removidos los obstáculos por la declaración de herederos de aquél, que obtuvo D. Atanasio; que mediante la cláusula 12 de la memoria testamentaria y el supuesto 6º de las operaciones divi-

sorias del caudal de D. Pedro, faltando además toda adjudicación de aquellos bienes, D. Ubaldo no pudo tener ni tuvo la buena fe según revelaban sus propios actos, ni el ánimo de adquirir necesarios para ganar los inmuebles por prescripción.

La Audiencia de Valladolid pronunció sentencia confirmatoria condenando á los demandados, quienes interpusieron el recurso de casación fundado en diversos capítulos, de los que el 5º dice así: «La doctrina de derecho, según la cual debe ser desestimada la demanda, en virtud de la excepción alegada por el demandado, sine actione agis, cuando al demandante no asista la acción que ejercita, la doctrina de derecho, según la cual el testamento es la ley á que están sometidos los herederos voluntarios, porque no se había respetado la voluntad de D. Pedro Pulgar, consignada en la cláusula 12 de su memoria, que formaba parte de su testamento, y la Ley 2ª, tít. 14 de la Partida 6ª, porque se mandaban entregar los bienes revindicados en concepto de hereditarios á los actores, sin embargo de que no formaban parte de la herencia y que, por el testamento, había sido llamado su consorte D. Manuel, y que era la única que en el concepto sobredicho podían reclamar.»

El Tribunal Supremo casó la sentencia recurrida por los fundamentos siguientes: «Considerando que según la voluntad de D. Pedro Pulgar, los bienes de Pontevedra quedaron separados absolutamente del caudal hereditario y partible, y sometidos á la disposición libérrima de albaceas confidenciales, que cumplieron, según la escritura de 1851, el encargo á ellos reservado, sin que se sepa ni haya derecho á investi-

gar si usaron ó abusaron de su cometido, ni á qué compensaciones ó combinaciones secretas é imposibles de apreciar obedeció el que D. Ubaldo Pulgar disfrutara tales bienes, siendo de observar que el causante de los demandados ejerciera uno de ellos, y que intervino en dicho documento en que se declara *cumplida en todas sus partes* la memoria testamentaria, no sólo consintió ese disfrute hasta su muerte en 1855, sino que nada reveló á sus herederos en el sentido de que existiera motivo alguno que justificara la reversión á la herencia, de la cual habían quedado eliminados por el testador. Considerando por tanto que la sentencia infringe la ley del testamento invocada en el quinto motivo, contra la cual se dirige abiertamente la acción que se propuso en el equivocado concepto contrario.»

En el caso de D. Pedro Pulgar Castaño, como en el de D. Manuel Escandón, se había dejado una memoria secreta, se había encargado de su ejecución á algunos de los herederos, se había practicado la división de bienes separando de la masa hereditaria los destinados á los objetos de la memoria, los ejecutores de Pulgar Castaños habían declarado en escritura pública que estaba cumplida la voluntad del testador, como los ejecutores de Escandón lo declararon en escritura de 7 de Abril de 1880.

Los descendientes de los herederos no ejecutores, demandaron á los de los ejecutores, después de muerto el último de éstos, y el Tribunal Supremo declara *que la acción que se propuso se dirige abiertamente contra la ley del testamento.*

Había una diferencia esencial cual era la de que en

el caso de Pulgar Castaños los bienes destinados á la memoria habían permanecido en poder de uno de los ejecutores, y estaban en poder del heredero demandado en la época del pleito; mientras que en el caso del Sr. Escandón el actor afirma que existen bienes en poder de los herederos del ejecutor premuerto, pero no lo prueba, y no afirma siquiera que existan bienes de esta procedencia en poder del heredero del ejecutor superviviente.

A pesar de la existencia confesada y reconocida de bienes destinados al objeto de la memoria de Pulgar Castaños, en poder del heredero demandado, dice el Tribunal Supremo de España: «sin que se sepa ni haya derecho de investigar si los ejecutores.... usaron ó abusaron de su cometido, ni á qué compensaciones ó combinaciones secretas é imposibles de apreciar obedeció el que D. Ubaldo Pulgar disfrutara tales bienes.»

Pronto se cansó el Voto del intento de pretender demostrar sus asertos, volviendo á su terreno fácil y conocido de aseveraciones gratuitas, y continúa diciendo: «Finalmente, es también insostenible en buen derecho que por las circunstancias de no haberse revelado el comunicado dentro del término que la ley señala, y de haberse hecho la partición, no hay ya testamentaría ni menos juez de ella, ó lo que es lo mismo, que ni hay funcionario que tenga facultad de exigir la revelación de él, ni se puede pretender ésta legalmente; porque equivale á tanto *como sostener la teoría antijurídica de que la negligencia, morosidad ó mala fe del albacea que impiden el cumplimiento de un deber legal, tenga por recompensa*

la impunidad y *hasta la ocasión de que el culpable pueda apropiarse los bienes confiados á su honradez;* pues bastará que excuse el cumplimiento de ese deber para que pueda escudarse con la misma defensa que, como razón fundamental, expone la sentencia, diciendo al Juez: ya no hay testamentaría, ya no eres Juez de ella, ya no tienes facultad para exigir la revelación del secreto á mí confiado, ni las pruebas de que lo he cumplido fielmente.»

El Sr. Mateos Alarcón incurre simplemente en el párrafo copiado en una petición de principio. No es sostenible en buen derecho, dice, que no se pueda exigir la revelación después de concluída la testamentaría; porque esa es una teoría antijurídica y esto es lisa y llanamente el querer probar una cosa con ella misma.

Cuando se trata de si una teoría es ó no jurídica no puede invocarse otra cosa en apoyo de la opinión que se sustenta que los principios jurídicos ó la disposición de la ley. Invocar con este propósito las ventajas ó desventajas de la disposición, es sacar las palabras y las cosas de su sitio y ser natural, para colocarlas donde no caben y aplicarlas á donde no tienen que hacer.

La libertad de testar tiene sin duda alguna graves riesgos y graves inconvenientes, como que por virtud de ella puede el testador preferir á los hijos que le cuelgue la concubina á los hijos legítimos de legítimo matrimonio; pero la libertad de testar tiene otras ventajas que, á juicio del legislador mexicano, compensan con creces aquellos inconvenientes. Es completamente fuera de caso y fuera de su lugar el que, al tratar de aplicar la ley sobre libertad de testar, se

arguya con esas ventajas ó con esos inconvenientes.

Antes de la ley de 10 de Agosto de 1857, ó si se quiere antes de la ley de 23 de Diciembre de 1843, ó del art. 13 de la Instrucción para el Juzgado de Difuntos de 1805, ó de la Real Cédula de 23 de Marzo de 1734, es fuera de duda que el ejecutor del comunicado tenía absoluta libertad para apropiarse los bienes objeto de él, lo cual tenía sin duda poderosísimos inconvenientes; pero tenía la ventaja de respetar la voluntad del testador, que se consideró de más trascendencia social que la de evitar todas esas mojigaterías que dice el Voto.

La ley de 10 de Agosto de 1857 no es una ley radical que estableciera el principio contrario á los comunicados secretos, suprimiéndolos como están suprimidos en Francia, es una ley que establece un sistema mixto, una ley contemporizadora, una ley que respeta el principio de la libertad de dejar comunicados secretos; pero que pone ciertas trabas y ciertas cortapisas á esa libertad.

Nadie pues tiene derecho de interpretar esa ley en un sentido radical, por uno ú otro de los dos extremos, de libertad absoluta del comunicado, ni de la restricción absoluta á la ejecución del comunicado.

¿Dice ó no dice la ley que la revelación debe de hacerse al Juez de la testamentaría? No lo niega el Voto, ni podría negarlo. ¿Una vez terminada la testamentaría hay Juez de testamentaría? El Voto no formula esta pregunta, pero su respuesta negativa parece indudable. Luego concluída la testamentaría no hay posibilidad de cumplir lo que previene el art. 20 de la ley citada.

¿Acaso la revelación evita los inconvenientes que se señalan? Sin duda que no. Se supone que el ejecutor pretende apropiarse los bienes, y si el comunicado es verbal puede declarar que los bienes se los dejó el testador para él y nadie podría objetar su declaración.

Además es completamente inoportuno aplicar estos raciocinios al caso de autos, cuando la segunda parte de la cláusula 16 expresamente faculta á los ejecutores para apropiarse los bienes, si alguien los inquieta sobre ello.

Continúa el Voto: «No; la ley no ha querido establecer principios tan subversivos y tan contrarios al orden público; y si exige que la revelación se haga antes de que se aprueben los inventarios, es porque los comunicados causan también el impuesto sobre sucesiones, y en ese estado se pasan los autos al Defensor Fiscal para que haga la liquidación de ese impuesto; *pero no ha querido señalar un término para que su simple lapso produzca para el albacea la libertad del deber que las leyes le imponen.*»

No le pareció bastante al Voto negar una vez que fuera jurídica la tesis de la mayoría y la niega por segunda vez; pero cuando se niega una cosa dos veces se ocupa el mismo lugar en la discusión que cuando se niega una vez sola. Se pretende dar una razón, pero ¿qué razón? más valiera que no hubiera dado ninguna. Cuando el Voto se encierra en afirmaciones gratuitas ó en simples negaciones, no cabe duda que causa alguna impresión por la sinceridad con que parece redactado, pero cuando pretende fundar las primeras ó razonar las segundas, se pierde por comple-

to la ilusión. ¿Qué quiere decir el Voto conque los comunicados causan la pensión y conque en ese estado se pasan los autos al Defensor Fiscal para que liquide el impuesto? ¿Se pretende que aun en la legislación actual haya de conocer el comunicado el Defensor Fiscal para que le sirva de base en la liquidación del impuesto? Entonces se pretende, contra el texto expreso de la ley, que además del Juez y del Ministerio Público le conozca el Defensor Fiscal?

Le parecieron poco las afirmaciones anteriores y la termina con la siguiente: «Tampoco ha querido que la negligencia del Juez produzca tan absurdo resultado, y por lo mismo, en cualquiera tiempo, puede hacer efectiva la obligación que la ley impone al albacea.»

La tercera negativa, tan infundada como la primera, dejó la cuestión en el mismo estado que aquélla. Y nótese que no estamos en el caso de que negando el autor del Voto la teoría de la Sala no tiene necesidad de fundar su negativa, porque la posición del debate es precisamente la contraria. La mayoría de la Sala establece que la ley sólo manda que se revele al Juez de la testamentaría y no á otro Juez, y que la no revelación sólo tiene por consecuencia el pagar la multa que la ley impone. El Voto es el que sostiene que la ley tiene más alcance de lo que dice su letra y le tocaba demostrarlo, y como no lo demostró con las tres negaciones asentadas, dejó sin fundamento alguno la teoría que sostiene.

He dicho antes que el fundamento cardinal del Voto es lo que llama ley de 23 de Diciembre de 1843, y tenemos que dedicar algún tiempo á su examen. Di-

ce así:[1] «Diciembre 23 de 1843.—Decreto del Gobierno.—Aclaración de la ley de 18 del último Agosto, que impuso una pensión á las herencias transversales. —Valentín Canalizo, etc., sabed: Que para evitar dudas y cuestiones, y para facilitar y asegurar mejor el cobro de la pensión impuesta á favor del fondo de Instrucción Pública, sobre las herencias transversales y ab-intestatos, he tenido á bien decretar lo siguiente:—Art. 1º Se declara: que en las herencias de que habla el art. 66 de la ley de 18 de Agosto último, se comprenden las que procedan de testamentos otorgados antes de esa fecha, cuyos testadores hayan muerto después de ella.—Art. 2º Cuando se ofrezca contienda sobre la aplicación de la misma ley á alguna testamentaría ó ab-intestato, el juicio se seguirá ante el Juez de Hacienda, en la forma prescrita por el art. 42 de la pauta de comisos, y se observarán en él los mismos trámites y reglas que allí se establecen para los de aquella clase.—Art. 3º Se tendrán por comprendidos también en la misma ley, los comunicados secretos, y no se estimarán efectuados, sino justificándose ante el Juez, con presencia é intervención del promotor fiscal, y con la conveniente reserva.»

Aun cuando esta disposición fuera ley y estuviera en vigor y fuera aplicable, no habría sido infringida por la sentencia; pues el art. 3º no autorizaría la declaración de caducidad de que ahora se habla, ni la declaración de que no era de aprobarse el comunicado de que habla la demanda; porque el artículo citado no habla de ninguna de estas cosas.

1 Colecc. de leyes, pág. 689, núm. 2,728.

Si esta disposición fuera ley habría sido derogada por las posteriores por los mismos fundamentos—excluyendo el del auto acordado—que se han expuesto para fundar que había sido derogado el art. 13 de las Instrucciones para el Juzgado de Difuntos. En vez del auto acordado tiene en apoyo de la derogación la Ley de 8 de Agosto de 1853, que dice: «Todas las pensiones impuestas sobre las herencias en los Estados á favor de la instrucción pública, quedan refundidas en la que establece la ley general de 18 de Agosto de 1843, que en esta parte se declara vigente y se observará en toda la República.»

La ley de que nos ocupamos era sobre las pensiones de herencia, y todas estas quedaron refundidas en la de 18 de Agosto de 1853, luego todas las demás, incluso la de 23 de Diciembre de 1843, quedaron derogadas.

Pero la disposición de que se trata no ha tenido fuerza de ley.

He considerado la disposición de 23 de Diciembre de 1843 como si fuera una ley verdaderamente tal, y voy ahora á demostrar que tal disposición no tiene autoridad legal alguna.

Para ello tengo que hacer una poca de historia de México.

Regía los destinos de la Nación en 1840 el Gral. D. Anastasio Bustamante, Presidente nombrado á consecuencia del orden de cosas establecido por las leyes constitucionales de 1836.

Vencido el pronunciamiento del Gral. D. José Urrea y D. Valentín Gómez Farías, que proclamando la Federación habían logrado, por un golpe de audacia, apoderarse del Presidente, parecía asegurada por lar-

go tiempo la paz pública. No sucedió así, sin embargo, pues en 8 de Agosto de 1841 se pronunció en Guadalajara el Gral. D. Mariano Paredes y Arrillaga, favoreciendo la dictadura del Gral. D. Antonio López de Santa-Anna.

Se hallaba éste de Comandante de Veracruz, y dejando abandonadas las costas á los amagos de los tejanos, en combinación con los pronunciados de Tabasco y Yucatán, y desobedeciendo las órdenes del Gobierno que le prevenían continuara en su puesto, secundó el pronunciamiento de Paredes, y en 28 de Septiembre de 1841 las fuerzas pronunciadas formaron el plan de Tacubaya.

D. Anastasio Bustamante, para defenderse de Santa-Anna proclama la Federación; pero viendo que el ejército le abandonaba, y para evitar una inútil efusión de sangre, salió de esta Capital y se situó en la Villa de Guadalupe donde iba á librarse una batalla; mas entraron en parlamento, y en 6 de Octubre de 1841 se celebraron los convenios de la Presa de la Estanzuela, abandonando Bustamante el poder y entrando triunfante Santa-Anna, quien con arreglo á la segunda base del plan de Tacubaya, nombró una Junta compuesta de dos ciudadanos de cada uno de los departamentos, para que ésta nombrara Presidente, y en 9 de Octubre nombró de Presidente al referido Gral. D. Antonio López de Santa-Anna.

En Diciembre 10 convocó á un Congreso constituyente que debía [1] instalarse el 9 de Julio de 1842, cuyos miembros debían jurar el cargo de diputados[2] y

1 Art. 69.
2 Art. 71.

además debían jurar[1] obediencia á las bases de Tacubaya y al Decreto de convocatoria.

Instalado el Congreso, no eran sus trabajos muy al gusto de Santa-Anna, quien deja el poder al Gral. D. Nicolás Bravo, y el Congreso, encontrándose sin garantías, se disolvió dando un manifiesto á la Nación, en el que decía que los diputados «ponían su causa en manos del tiempo, el mejor abogado de la justicia y descubridor de la verdad.»

Tanto Santa Anna-como Bravo, desde el Decreto de 28 de Mayo hasta el de Diciembre 9 de 1842, decían que obraban en «uso de las facultades que concede la séptima de las bases acordadas en Tacubaya, y juradas por los representantes de los Departamentos;» mas en Decreto de 19 de Diciembre dice el Gral. Bravo que el Congreso está desautorizado para representar al país y ordena se nombre [2] «una Junta compuesta de ciudadanos distinguidos por su ciencia y patriotismo, para que forme las bases, con asistencia del ministro, y que el mismo Gobierno sancionará para que rijan en ella.»

La Junta desempeñó su cometido y Santa-Anna, en Decreto de Junio 13 de 1843, publicó y sancionó las Bases Orgánicas formadas por aquélla.

Santa-Anna dió el decreto de Agosto 18 de 1843 que contiene el plan de estudios, y el que lleva fecha de 6 de Octubre sobre responsabilidades, y se retira á descansar á su hacienda «Manga de Clavo;» y por decreto de Octubre 2 de 1843[3] «deposita el Gobierno

1 Decreto de Mayo 24 de 1842.
2 Art. 1°.
3 Art. 1°.

provisional de la República en el Gral. D. Valentín Canalizo y en los cuatro secretarios del despacho,» reservándose[1] la facultad de relevar á éstos y de nombrar otros de nuevo, debiendo[2] resolverse los negocios graves por mayoría absoluta de votos.

El Gral. Canalizo dió el decreto que es objeto de esta discusión, con fecha 23 de Diciembre del citado año de 1843.

En Noviembre de 1844 volvió á pronunciarse en Guadalajara el Gral. D. Mariano Paredes y Arrillaga, y en Diciembre se pronunció la guarnición de México llamando al Gobierno al Gral. D. José Joaquín Herrera, que era á quien le correspondía como Presidente del consejo de Gobierno, conforme á las Bases Orgánicas, y con arreglo á las mismas fué nombrado Presidente interino,[3] con cuyo carácter publicó y sancionó el decreto que aprobó el Congreso sobre las disposiciones legislativas del Gobierno provisional, su fecha 1º de Abril de 1845.

En esta incesante repetición de pronunciamientos y en este vaivén de Presidentes, no podemos emplear un rigor excesivo en materia de legalidad. Debemos de conformarnos, y en honor de la justicia tampoco podemos pedir menos, con que el legislador emane de un plan revolucionario que haya sido aceptado ó tolerado por la mayor parte del país, y que la facultad de legislar emane de las atribuciones que el mismo plan le conceda.

No es ésta una teoría más ó menos sujeta á discu-

1 Art. 3.
2 Art. 4.
3 Decreto de Diciembre 7 de 1844.

sión, más ó menos atrevida, ó más ó menos aventurada, sino una teoría consagrada y sancionada por ley expresa y terminante. En ningún otro país del mundo, que yo sepa, existe una ley semejante, y en ninguno era tampoco tan necesaria, para que en medio de tantas borrascas nos sirviera de guía seguro para conocer la legalidad.

La segunda de las leyes constitucionales promulgadas por decreto de 29 de Diciembre de 1836, creó un Supremo poder conservador, cuya misión era la de definir la validez ó nulidad de los actos de los demás poderes y de vigilar el cumplimiento de las leyes. Poco antes de los acontecimientos narrados, el Supremo poder conservador declaraba ser voluntad de la Nación: «Primera. Que nadie la domine despóticamente, sin sujeción á las leyes que ella misma se ha dado y en lo sucesivo se diere, y sin haber recibido su autoridad precisamente de esas leyes. Sexta. Que se entienda desaprueba desde ahora todos y cualesquiera resultados de las solas vías de hecho.» Esta ley notabilísima lleva las firmas siguientes: *Melchor Múzquiz,* Presidente.—*L. Carlos María de Bustamante.—Manuel de la Peña y Peña.—J. Cirilo Gómez y Anaya.—Francisco Manuel Sánchez de Tagle,* Secretario.

Las bases de Tacubaya establecieron:[1] que cesaban en sus funciones todos los poderes menos el judicial:[2] que el general en jefe nombraría una junta compuesta de dos personas por cada departamento, y que éstas nombrarían un Presidente provisional. «6ª El

1 Primera.
2 Segunda.

ejecutivo provisional responderá de sus actos ante el primer congreso constitucional.—7ª Las facultades del ejecutivo provisional son todas las necesarias para la organización de todos los ramos de la administración pública.»

Bien discutible sería si la ley de que se trata era necesaria para la organización de la Nación, sin cuyo requisito no estaba comprendida en la 7ª base. La 6ª base revela claramente que todas las disposiciones que emanaran del poder provisional no tenían un valor sino limitado al período de la interinidad; porque quedando sujetos todos sus actos al examen del Congreso, quedarían vivos aquellos que el Congreso aprobara y sin valor los que no fueren aprobados.

Bajo el criterio lato que acepto para estas discusiones, son fuente de derecho las bases de Tacubaya; pero con mucha más razón, y con mucha más legalidad, lo son los convenios celebrados en la Presa de la Estanzuela á los ocho días de aquel plan, es decir, el 6 de Octubre, porque en virtud de esos convenios hizo dejación del poder el Gobierno legítimo y triunfó el plan de Tacubaya. El segundo de los artículos de esos convenios dice á la letra: «2. Los actos del Gobierno del Excmo. Sr. Gral. D. Anastasio Bustamante, y del que le sucedió interinamente, desde el 1º de Agosto del presente año, de cualquiera clase que sean, quedan sometidos á la aprobación del Primer Congreso Constitucional, así como quedarán sometidos al mismo los actos del ejecutivo provisional que se instale con arreglo á las bases que ha adoptado el ejército de operaciones del Excmo. Sr. Gral. D. Antonio López de Santa-Anna.»

Queda, pues, fuera de duda y de discusión, que la legalidad de los actos del Gobierno provisional quedaba sujeta á la condición de que merecieran la aprobación del Primer Congreso Constitucional, y no mostrándose la aprobación como no se puede mostrar, porque la tal aprobación no existe, resulta que esas disposiciones sólo fueron leyes durante el término provisional, es decir, hasta el 1º de Enero de 1844, que es cuando correspondía reunirse el Primer Congreso Constitucional, con arreglo al art. 173 de las Bases Orgánicas.

La Junta de notables nombrada por el Gral. D. Nicolás Bravo para que formara una constitución, desempeñó su cometido, y esas bases fueron promulgadas[1] en esta forma: «D. Antonio López de Santa-Anna........sabed: que la honorable Junta nacional legislativa, instituída conforme á los supremos decretos de 19 y 23 de Diciembre de 1842, ha acordado y yo sancionado, con arreglo á los mismos decretos, las siguientes bases de organización política de la República Mexicana.»

Se dispone en esas Bases: «Art. 5º La suma de todo el poder público reside esencialmente en la Nación, y se divide para su ejercicio, en legislativo, ejecutivo y judicial. No se reunirán dos ó más poderes en una sola corporación ó persona, ni se depositará el legislativo en un individuo.—Art. 25. El poder legislativo se depositará en un congreso dividido en dos cámaras, una de diputados y otra de senadores, y en el Presidente de la República, por lo que respecta á la san-

1 Junio 13 de 1843.

ción de las leyes.» El Presidente[1] debía ser nombrado por las juntas departamentales, y:[2] «En las faltas temporales del Presidente de la República, quedará depositado el poder ejecutivo en el Presidente del consejo. Si la falta ó ausencia pasare de quince días, el senado elegirá la persona que deba reemplazarlo.»

Dentro del criterio amplio que hemos adoptado, puede reconocerse el valor legal transitorio de las disposiciones emanadas del plan de Tacubaya, desde el triunfo de éste hasta el 12 de Junio de 1843.

Santa-Anna, en la plenitud de facultades que se había arrogado, dueño era de promulgar ó no las Bases Orgánicas, y posibilidad tuvo de que ellas mismas previnieran que no rigiesen á la Nación sino desde una época determinada; pero promulgar esas Bases, considerarlas como vigentes desde el momento de su promulgación, y seguir sin embargo legislando, convengamos en que es un lujo inusitado de arbitrariedad, que es llevar el despotismo á un grado inconcebible; pero que jamás debe de ser sancionado por los Tribunales de Justicia.

El poder, en virtud de su naturaleza propia, no es susceptible de traspaso, y Santa-Anna no tenía directamente ese derecho. Tampoco se lo daban las bases de Tacubaya. Menos se lo daban las Bases Orgánicas; pues éstas previeron el caso atribuyendo el poder al Presidente del Consejo, que no era Canalizo sino el Gral. D. José Joaquín Herrera, que fué el título que invocó contra aquél en la intimación que le dirigió desde San Francisco, intimación á la que cedió Canalizo.

1 Art. 158.
2 Art. 91.

No tenía facultades legislativas en esa época Santa-Anna, y mucho menos las tenía Canalizo, que después del Decreto de 2 de Octubre continuó tan individuo particular como antes, sin más diferencia que antes vivía en su casa y desde esa fecha se fué á vivir á Palacio, hasta el 6 de Diciembre del año siguiente en que el Gral. D. José Joaquín Herrera le intimó desocupación.

Todavía hay más. Santa-Anna no depositó el poder en el Gral. D. Valentín Canalizo solo, sino en él y en los cuatro secretarios de despacho, lo que exigía la fórmula «usando de las amplias facultades con que está investido el Gobierno Supremo, he tenido á bien decretar en Junta de Ministros» como la emplea en varios decretos, los de Octubre 13 y 21, Noviembre 7 y 24, Diciembre 5, 6, 8, 15 y 21 de 1843, y el de que se trata dice así: "Valentín Canalizo, etc., sabed: Que para evitar dudas y cuestiones, y para facilitar y asegurar mejor el cobro de la pensión impuesta á favor del fondo de Instrucción Pública, sobre las herencias transversales y ab-intestatos, he tenido á bien decretar lo siguiente:" Ni siquiera dijo que usaba de facultad alguna, é hizo bien, porque en efecto, no usaba de facultad alguna porque ninguna tenía.

De manera que no es legal, ni siquiera conforme al criterio de Santa-Anna, porque no fué dado por aquellos en quienes él depositó el poder.

No se ocultó á Santa-Anna y á sus hombres la nulidad de los actos que ejecutaban, y la responsabilidad que por ellos contraían, y pretendió evitar aquella nulidad y eludir esta responsabilidad por medio de un decreto, como si pudiera quitarse la arbitrariedad de

un acto por medio de otro igualmente arbitrario, cuando lo que acontece en esos casos es que esas arbitrariedades no se destruyen sino que se suman. Antes de trasladar Santa-Anna el poder á Canalizo y á los Secretarios del despacho, expidió la ley de 3 de Octubre de 1843 en la que se dice: «Art. 1º Siendo ilimitadas las facultades que por la séptima de las bases llamadas de Tacubaya se concedieron al ejecutivo provisional, sin imponerle otro deber que el de hacer el bien de la Nación, la responsabilidad de sus actos ante el primer congreso constitucional, es meramente responsabilidad de opinión.—4º Ninguno de los actos del ejecutivo provisional puede ser anulado, porque la nulidad de los actos legislativos solamente procede de la falta de facultades para ellos. Las leyes y decretos expedidos por el gobierno provisional, pueden derogarse en los términos y con los requisitos establecidos en las bases orgánicas de la República. Los contratos celebrados por el ejecutivo provisional son inviolables, porque la fe pública reclama el debido respeto á los derechos que han creado, y el poder legislativo no puede conocer de ellos.»

Los déspotas son iguales en todas las regiones de la tierra. Fernando VII quería suprimir de la historia los tres años transcurridos del 19 al 22, á los que designaba "los mal llamados tres años," y Santa-Anna quiere sujetar perpetuamente á sus arbitrariedades la voluntad soberana de la Nación.

¡Esfuerzos inútiles y vanos!, porque la Nación, una vez sacudido el yugo de Santa-Anna, se apresuró á publicar el Decreto de 1º de Abril de 1845, que dice así: «Art. 1º Es nulo y de ningún valor el Decreto

de 3 de Octubre de 1843, en que se declaró de mera opinión la responsabilidad de que habla la 6ª de las Bases de Tacubaya. El Gobierno remitirá al Congreso para su revisión y demás efectos correspondientes, todas las disposiciones legislativas dadas por el gobierno provisional, desde la creación de éste, hasta la publicación de las Bases Orgánicas.—2º Se declara que *desde la publicación de éstas no pudo* el gobierno provisional dictar otras disposiciones legislativas, que las absolutamente indispensables, y para la instalación constitucional de los poderes legislativo y ejecutivo de la República, con sujeción al examen y calificación del congreso. *Son, por tanto, insubsistentes todas las que dió fuera de ese caso;* mas el Gobierno, sin hacer por ahora novedad en sus efectos, las pasará inmediatamente á la Cámara de Diputados, emitiendo su opinión sobre cuáles merezcan ratificarse y en qué términos.»

Benévolo estuvo el Congreso con los actos de Santa-Anna, pues no hizo declaración alguna sobre los actos anteriores á la promulgación de las Bases Orgánicas—Junio 13 de 1843—y aun á las posteriores les concedió efectos hasta entonces.

Con este motivo he pensado varias veces cuán inútil es el afán de los Abogados, que nos empeñamos en prever todas las observaciones ú objeciones que pueden hacerse á nuestras teorías. Por mucho que meditase, jamás habría yo llegado á pensar que el Sr. Mateos Alarcón opinara que eran legítimas las Bases de Tacubaya, que á virtud de ellas Santa-Anna había tenido facultades legislativas, y sobre todo, que las hubiera tenido D. Valentín Canalizo. Tal opinión me

había parecido contraria á todas las ideas del Sr. Mateos Alarcón, á toda su historia que tanto se complace en referir. ¡Así son de falibles los juicios de los hombres!

Me parece que después del decreto de 1º de Abril de 1845, no hay que discutir sobre la vigencia y aun sobre la subsistencia de la disposición de 23 de Diciembre de 1843; pues hasta el mismo Santa-Anna reconoció la ilegalidad de esas disposiciones, pues no ya la disposición citada de Diciembre 23, sino la de 18 de Agosto anterior á que se refiere, ha creído que necesitaba ser declarada vigente, y así lo hizo en decreto de Agosto 8 de 1853, refrendado por D. Teodosio Lares, que he trascrito antes, que refunde todas las disposiciones relativas en la ley general de 18 de Agosto de 1843, que tuvo necesidad de declarar vigente, «que, dice, en esta parte se declara vigente.»

Como se vé, el mismo Santa-Anna, aconsejado por su ministro de Justicia D. Teodosio Lares, juzgó en 1853 que las leyes de 1843, para que tuvieran carácter de leyes, necesitaban ser declaradas en vigor por otra ley, y nadie podría creer que Santa-Anna era más escrupuloso en materia de legalidad que el Sr. Mateos Alarcón.

Sin necesidad de acudir á Santa-Anna, me parece inconcuso que la resolución de D. Valentín Canalizo no tiene el carácter de ley: 1º Porque no cabe dentro de los objetos que expresa la séptima Base del plan de Tacubaya: 2º Porque no fué aprobada por el inmediato Congreso ni otro alguno, según lo exigía el citado plan y los convenios de la Presa de la Estanzuela: 3º Porque es contraria á las Bases orgánicas

promulgadas en 13 de Junio de 1843: 4º Porque el Gral. D. Valentín Canalizo no era autoridad legal en esa fecha; y 5º Porque está comprendido en la declaración de nulidad hecha en la ley de 1º de Abril de 1845. Me parece haber patentizado que los dos elementos nuevos que el Voto trajo al Debate, la sentencia española y la ley Canalizo, era preferible para la fama de jurisconsulto de su autor, que no los hubiera traído. Esos dos elementos son el sostén único del Voto particular, y destruídos ambos, sin género alguno de duda, viene por tierra el edificio construído.

IV

Casación en el fondo.

El Sr. Diego Fernández arguye con que he escrito un Folleto[1] en el que combato la jurisprudencia de la Sala y el rigorismo en los requisitos de admisión, y que la parte de mi Informe que precede, es lo más rigorista que puede exigirse en la materia.

Aunque fuera cierto el cargo, tal como le formula, no significaría nada en el asunto que debatimos que yo debo de sostener, y sobre todo que ha de ser decidido, no conforme á mis ideas particulares, sino conforme á la jurisprudencia establecida.

El Folleto que se menciona tiene su complemento en los estudios que he presentado á la Academia Mexicana de Legislación y Jurisprudencia, correspondiente de la Real de Madrid. Ni en aquél ni en éstos se rechazan las formas esenciales que brotan de la naturaleza del recurso de casación, y lo que se censura es la tendencia á exagerar las formas, reconociendo que la jurisprudencia establecida es obligatoria y debe observarse mientras no sea corregida por una ley.

Es de advertir que no hay diferencia alguna substancial entre las teorías, ya no digo de la mayoría, sino ni aun de la minoría de esta Sala, y las que ha defendido el abogado que tiene el honor de dirigirle

1 Negocio Arzac Rivero.

la palabra. Todos estamos en completo y absoluto acuerdo sobre los requisitos del recurso de casación, y sólo hay diferencia sobre si determinados requisitos lo son de admisión, ó son requisitos de fondo. Y esta discrepancia no constituye una diferencia substancial, porque todo requisito de admisión es, con mayoría de razón, requisito de fondo, pues si el recurso tiene un defecto que impide el que se examine en el fondo, con mucha mayor razón impide y debe impedir el que pueda prosperar.

Ya he dicho que los requisitos de que los medios invocados se dirijan contra los Considerandos, y que se haga en ellos supuesto de la cuestión, se consideran tanto en Francia como en España, á veces como requisitos de admisión, y á veces como requisitos de fondo, y que en este Informe los he considerado en el primer caso, por ser esa la tendencia de las jurisprudencias francesa y española más recientes, y ser la jurisprudencia uniforme de esta Sala.

Una cosa análoga acontece con la mayor parte de los requisitos de fondo, que tanto la jurisprudencia francesa como la española y mexicana, los consideran las más de las veces como requisitos de fondo, sin que dejen en algunas de considerarlos como requisitos de admisión. ¿Cuál será la regla que servirá para distinguir el caso en que sean de fondo, del en que sean de legal interposición? ¿Consistirá esa regla en que sean requisitos de admisión cuando aparezçan á primera vista, y sean de fondo cuando necesiten mayor y más detenido examen, como se ha dicho para *Considerandos* y *supuesto?* Declaro con toda franqueza que no lo sé; que á pesar de mis esfuerzos no he podido

descubrir la regla que pudiera servirnos de guía para esa distinción, y por eso en la duda, los enumero aquí como requisitos de fondo, y por lo tanto examinemos qué otras condiciones y requisitos necesita llenar el recurso para que, habiendo llegado al estado de deber ser visto en casación, pueda prosperar y tenga virtud suficiente para romper la sentencia recurrida.

Primer requisito.—El primer requisito consiste en que, tratándose de apreciación de pruebas ó de interpretación de actos y contratos, la Sala sentenciadora se haya excedido de la facultad que en tales asuntos le compete.

Enseña Scheiven:[1] «Tout ce qui est interpretation des conventions se trouve ainsi laissé à l'appréciation souveraine du juge du fond.» La misma regla establece respecto de los actos judiciales:[2] «C'est qui est vrai pour les conventions, pour les faites juridiques en général, l'est aussi pour les actes judiciaires, jugements, conclusions, etc.»

La misma doctrina rige en Francia. Enseña F. Crépon:[3] «En résumé, et pour nous en tenir aux effets de l'acte authentique et à la question de savoir si l'on peut trouver ouverture à cassation dans la contradiction apportée par les mentions de cet acte aux affirmations de fait contenues dans le jugement ou l'arrêt attaqué, nous dirons que lorsque l'affirmation de la décision attaquée est nettement et absolument contredite par une mention d'un acte authentique sur laquelle il n'y a et il ne peut y avoir aucune contestation

1 Loc. cit., cap. II, núm. 101.
2 Ibid., núm. 105.
3 Du pourv. en cass., t. 3, liv. III, núm. 80.

entre les parties quant à sa nature et à son application à la cause, on peut trouver dans la régle formulée par l'art. 1,319, C. Civ., c'est à dire, dans le plein foi due à l'acte authentique, une ouverture à cassation; mais dès l'instant que l'acte invoqué, soit dans son ensemble, soit dans les mentions spécialement invoquées, laisse une place quelconque à l'appréciation des conditions dans lesquelles l'acte est intervenu, de son caractère, de sa signification et de sa portée, de son applicabilité à la cause, cette appréciation rentre dans les pouvoirs souveraines des juges du fond et échappe, dès lors, à la censure de la Cour de cassation qui ne peut prendre le lieu et la place des juridictions ordinaires.» Agrega aún más adelante:[1] «Les conventions légalément formées, a dit l'art. 1,134, C. Civ., tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites; *tiennent lieu de loi*, conséquemment la violation de cette *loi privée* que les parties se sont faite, qu'elles ont été autorisées à se faire, doit, au point de vue du recours, entrainer les mêmes effets que la violation de la loi générale, c'est à dire, qu'elle donne ouverture à cassation. Mais cela, a une condition, c'est que cette loi privée soit claire, précise, formelle, sans ambiguités et sans équivoques, qu'elle ne prête pas à l'interprétation, autrement cette interprétation, si elle était nécessaire ou simplement justifiée par une incertitude quelconque, rentrerait dans le domaine souverain des juges du fond. D'où la régle qu'on peut formuler ainsi: les juges du fond interprétent souverainement les contrats, mais cette interprétation se fait cependant sous le controle de la

1 Ibid., núm. 316.

Cour de cassation, en ce sens que, sous prétexte d'interpréter les conventions, les juges n'ont pas le droit de les dénaturer, de refuser d'appliquer une disposition claire et précise, d'y substituer une autre disposition qui n'est plus l'œuvre des parties, mais l'œuvre du juge.»

La Chambre des Requêtes decía en sentencia de 2 de Noviembre de 1892:[1] «Attendu que la Cour de Grenoble, interpretant, sans la dénaturer, cette disposition, declare souverainement qu'il en resulte que le testateur a ainsi legué, &.»

La jurisprudencia española se halla perfectamente determinada á este respecto por la sentencia de 16 de Febrero de 1894,[2] cuya doctrina se condensa en su resumen en la forma siguiente: «Que en casación hay que partir necesariamente de los puntos de hecho establecidos por la Sala Sentenciadora, á menos que se demuestre en la apreciación de las pruebas error de derecho ó de hecho, si este último resulta de documentos auténticos que demuestren la equivocación evidente del juzgador.»

Esta es también la jurisprudencia de esta Sala, la que en sentencia de 29 de Septiembre de 1894,[3] dice: «El recurrente estima, en su criterio, mal calificado el contrato de compra, punto de hecho que estima soberanamente la Sala Sentenciadora; mientras no se reclame eficazmente y se demuestre que al calificarlo ha desconocido sus elementos é incurrido en una equivocación evidente, contraria al documento

1 Colec. Sirey, tom. de 1894, I, 501.
2 Col. cit., T. 75, núm. 45.
3 Colec. de los Sres. Macedo y Rodríguez, T. de 1894, pág. 472.

fehaciente en que consta el contrato.» En sentencia de 22 de Diciembre de 1894, dice igualmente en el considerando 3º:[1] «La queja contra la estimación de la prueba documental, no es eficaz para impugnar la declaración del propio Tribunal, relativa á la existencia del contrato de mutuo, porque se recurre aisladamente contra la apreciación de determinado documento, siendo así que la sentencia aprecia los diversos elementos probatorios presentados por las partes, y los términos de la demanda y la contestación, para formar su criterio y deducir que la intención de los contratantes y los actos ejecutados no pueden constituir otro contrato que el de mutuo simple. El Tribunal, estimando así los hechos, ha interpretado la voluntad de las partes contratantes, definiendo el carácter de la convención y fijando el alcance de los documentos presentados por vía de prueba, sin desnaturalizarlos ni contrariar sus términos explícitos. Ese derecho de interpretación del Tribunal sentenciador, es absoluto y no cae bajo la censura de la Sala de casación, porque solamente pueden ser objeto del recurso las *cuestiones legales*, como lo dispone el art. 712 del Código de Procedimientos, y de ninguna manera los *puntos de hecho*, que una vez juzgados deben aceptarse tales como los fijó irrevocablemente el Tribunal sentenciador, en ejercicio de sus facultades soberanas. El Tribunal Superior de Tepic, usando de esas facultades, como juez de fondo, ha interpretado la voluntad é intención de los contratantes, y definido la naturaleza de la convención, atendiendo á los

1 T. cit., pág. 560.

diferentes elementos probatorios; y sin desconocer la verdad de los hechos constantes en los documentos y libros presentados por vía de prueba, de su combinación y apreciación en conjunto, ha concluído que las prestaciones que hizo D. Francisco Ibarra al Lic. D. Luis Chumacero, tienen el carácter de mutuo simple. Ha establecido también el Tribunal sentenciador que aquellas ministraciones no se hicieron en cumplimiento de alguna obligación proveniente de avío, compra de las minas, ó sociedad entre Ibarra y Chumacero, pues aunque se trató de realizar estos contratos, no pasaron de proyectos que no llegaron á formalizarse. El recurrente pretende substituir su propio criterio al del Tribunal sentenciador, y sostiene que los actos ejecutados por Ibarra no constituyen contrato de mutuo simple, sino de sociedad. De esta manera, ataca la soberanía del juez del fondo para interpretar la intención de las partes y definir el carácter del contrato, sin demostrar que al hacer esa interpretación, se han contrariado términos inequívocos y desnaturalizado la prueba documental, es decir, sin reclamar eficazmente por violación de la ley reguladora de la prueba. No es, pues, una cuestión legal la que promueve el recurrente en el segundo capítulo de casación, sino una controversia *sobre los hechos*, que estando juzgados no pueden modificarse por el Tribunal de casación, porque el art. 712 del Código de Procedimientos dispone que el Tribunal no apreciará más que las cuestiones legales que sean objeto de la casación y los fundamentos jurídicos que hayan servido ó deban servir para decidirla. Por tanto, el recurso no ha sido legalmente interpuesto en el

capítulo II.» Y en la de 11 de Julio de 1894,[1] siendo ponente el Magistrado D. José Zubieta, dice en su Considerando 10: «Que la enmienda hecha al calificar la acción deducida, sin cambiar los fundamentos de hecho y de derecho aducidos en la demanda, está autorizada por el art. 25 del Código de Procedimientos ya citado, y reconocida universalmente por la doctrina.[2] El juez que conoce de la causa no ha de estar tan escrupulosamente ligado á las palabras de la conclusión de la demanda que no pueda suplir algunas para reducir el juicio útilmente en beneficio de las partes, atendida *la verdad de lo que solicitan y prueban.*»

Por virtud de este requisito no procede la casación por los primeros nueve capítulos relativos á la excepción de defecto legal en la forma de proponer la demanda; porque pudo estimar la Sala que no había sido reclamada debidamente la falta en 1ª ni en 2ª instancia, y pudo aún estimar que había consentido el actor en que los demandados retiraran esa defensa. Dice Ed. Fouzier-Herman:[3] «Que los jueces del fondo tienen un poder discrecional para apreciar la intención que ha dirigido á una parte en la ejecución de una decisión judicial, y, por consecuencia, para decir si el estado de los hechos permite oponer una conformidad resultante de esta ejecución, sin que, para rechazar la conformidad, los jueces del fondo estén obligados á indicar algunos hechos negativos de la intención de conformarse.»

1 Tom. cit., pág. 241.
2 Cañada, Part. I, capítulo 3º.
3 Loc. cit., núm. 4,376.

Tampoco procede por el capítulo XII, pues estaba en las facultades de la Sala declarar é interpretar si se había ó no opuesto la excepción de prescripción.

Tampoco procede por los capítulos XIII, XVII y XX, porque entra en las facultades naturales sobre apreciación de pruebas, estimar si determinado elemento concurre á demostrar la existencia ó inexistencia de la acción.

Tampoco por el capítulo XVIII, pues la Sala pudo interpretar, en uso de sus facultades, que resolver *si puede ó no saberse* quiénes sean los favorecidos por el comunicado, que es lo que el recurrente asegura dijo en la demanda, y que es una cuestión de posibilidad, es cosa distinta de la *de averiguar* quiénes sean los favorecidos por el comunicado, lo que es una cuestión de existencia, de actualidad, y que es lo que dice asegura la sentencia no ser cuestión de autos.

Tampoco por el capítulo XXI, pues estuvo en las facultades de la Sala interpretar los efectos de la renuncia y si ellos se extendieron al derecho de acrecer.

Tampoco por el capítulo XXIV, pues está en las facultades propias de los jueces del fondo, interpretar y resolver si entre los llamados en dos cláusulas de un testamento hay ó no la conjúnción que requiere la ley, para que competa el derecho de acrecer.

Tampoco por los capítulos XXV, XXVI, XXVII, XXVIII y XXIX, porque son facultades de la Sala las de interpretar y resolver si en la forma de una institución se concede ó no el derecho de acrecer por estar la materia sujeta á la voluntad del testador, según el art. 23 de la ley de 10 de Agosto de 1857.

Además, en el capítulo XIX se invoca el principio

jurídico de que «de dos sentidos que puede darse á una cláusula debe preferirse el que no hace inútiles sus palabras.» Sobre ese principio dice un jurisconsulto: «La disposition serait sans objet, on en convient. Mais qu'est-cet à dire? La loi peut elle être toujours parfaite à ce point que par une de ses expresions n'ait d'utilité? Ce serait beaucoup exiger d'elle, et dans tous les cas cette exigence aurait ses desappointements. Par où l'on voit que l'argument puisé de l'inutilité d'une expresion inserée dans la loi est bien loin d'être concluant.»[1] Y dice Scheyven:[2] «De là cette première conséquence inévitable, c'est que les articles 1,156 et suivantes du Code Civil, qui tracent des régles d'interprétation des conventions, ne font pas au juge du fond des injonctions tellement impératives que la décision de celui-ci puisse, pour les avoir méconnues, en courir la casation.» H. F. Rivière:[3] «La Cour de cassation peut-elle censurer l'appréciation des contrats faite par les tribunaux, lorsque cette appréciation est en contradiction avec les régles générales d'interpretation énoncées dans les arts. 1,156 et suiv. du Code? Les dispositions de ces articles doivent sans doute, en thése générale, être respectées; mais elles ne sont pas tellement impératives qu'elles ne puissent jamais fléchir; et, comme les faits et les circonstances peuvent souvent en écarter l'application, il sèrait bien difficile d'obtenir la cassation d'un jugement ou d'un arrêt, sous le prétexte que ces régles n'auraient point été observées par les juges du fond.»

1 M. P. Pont, Revue des Revues de droit, t. 10, pág. 209.
2 Loc. cit., cap. 11, núm. 101.
3 Loc. cit., pág. 30.

Tampoco por el capítulo XXXII, porque está en las facultades de la Sala interpretar si las confesiones de los demandados destruyen la posibilidad de que, si existieran valores del comunicado en su poder, fuera esto en cumplimiento del mismo comunicado.

Tampoco por el capítulo XXXVIII, por estar en las facultades de la Sala interpretar la intención, extensión y alcances de una renuncia, y lo mismo por el capítulo XXXIX, pues pudo la Sala, en uso de sus facultades, interpretar la sentencia de 10 de Julio de 1869, que puso fin á la testamentaría de D. Manuel Escandón, y fijar hasta qué punto afectó los derechos que hoy se ejercitan.

Segundo requisito.—Pruebas en conjunto.

Dice la sentencia española de Octubre 13 de 1894[1] al declarar que no es de admitirse el recurso á que se refiere: «Que *reiteradamente tiene declarado el Tribunal, que fundada la sentencia en la apreciación de varios elementos de prueba, no puede utilizarse sólo el resultado que ofrezca alguno de ellos para combatirla y pretender su casación.*» Esta Sala dictó sentencia en 13 de Febrero de 1894, siendo ponente el Sr. Magistrado D. José María Zubieta,[2] cuya doctrina se resume en estos términos: «Cuando la prueba suministrada por las partes se compone de elementos de índole y origen diversos, pero que se completan y robustecen mutuamente, y la Sala sentenciadora la aprecia en conjunto, no es lícito descomponerla para combatir su apreciación, alegando infracciones en relación al valor que puede darse

1 Col. esp., tom. 76, núm. 59.
2 An., tom. de 1894, P. 40.

aisladamente á cada uno de sus elementos, y rompiendo la cohesión y fuerza que mutuamente se prestan.»

La Sala sentenciadora dice en su Considerando 16, que apreció las pruebas en conjunto, y el Sr. Diego Fernández decía en su Informe de segunda instancia: [1] «En el esfuerzo que impende el Magistrado cuando analiza, cuando compara los diversos elementos probatorios: en esta inquisición por la verdad, no tiene regla, no tiene pauta: la única ley es su conciencia, y cuando sigue su conciencia, no viola ley alguna.»

El recurrente habla en el capítulo XVII de la transacción celebrada con el Gobierno el año de 1886; en los capítulos XXI y XXXVIII de la renuncia al derecho de acrecer; en el capítulo XXIII, de que el comunicado debe pasar á los herederos de los ejecutores; en el XXIV, de la conjunción necesaria para el derecho de acrecer; en los capítulos XXV, XXVI, XXVII, XXVIII y XXIX, del alcance de la institución, para lo que tiene que tener en cuenta: 1º El testamento; 2º Los arreglos de Mayo de 1869; 3º La sentencia que puso fin á la testamentaría; 4º La transacción con el Gobierno; 5º Las demás constancias de los autos de la testamentaría; 6º los asientos de los libros de D. Manuel Escandón, y 7º Las cartas presentadas por ambas partes. En los capítulos XXX y XXXI, habla del cumplimiento del comunicado; en los capítulos XXXII y XXXIII, se refiere á bienes que supone en poder de los Sres. Escandón y Barron, para lo que hay que examinar la mayor parte de las prue-

1 Folleto, pág. 137.

bas indicadas, y además: 1º Todas las pruebas que el recurrente enumera en ese capítulo; 2º La escritura de finiquito de 7 de Abril de 1880: 3º La escritura con los Landa; y 4º Todas las pruebas que analizamos y citamos ambas partes al tratar de la propiedad de la concesión.

Tercer requisito.—Fundamentos accesorios:

«Considerando que tampoco son de estimarse los motivos tercero, cuarto y quinto, por dirigirse contra razonamientos aducidos hipotéticamente en el fallo, el cual subsiste y se justifica por el fundamento principal que se ha mencionado.»[1] Esta Sala consignaba también en ejecutoria de 13 de Febrero de 1894,[2] bajo la ponencia del Magistrado D. José Zubieta, el principio que se resume en estas palabras: «No procede el recurso, y debe tenerse como ilegalmente interpuesto, si se dirige sólo contra los Considerandos de la sentencia, y con mayor motivo si éstos son subsidiarios ó á mayor abundamiento.»

Por virtud de este requisito no procede la casación por la mayor parte de los motivos invocados, y especialmente no procede por el capítulo III por supuesta violación del art. 605 del Código de Procedimientos, pues la Sala declara improcedente la excepción de defecto legal en la demanda, después de haber dado por desistidos á los demandados de esa excepción, y no examinó el punto de improcedencia sino subsidiariamente y á mayor abundamiento. Por la misma razón no procede por los capítulos IV, supuesta vio-

1 Sentencia española de la Sala Civil. Febrero 28 de 1894, T. 75, núm. 61, pág. 310.

2 Colec. cit., tom. de 1894, pág 40.

lación de los arts. 10,939 del Código de Procedimientos; V, art. 605, Cód. Proc.; VI, arts. 1,276, 1,419, y 1,323 Cód. Civ.

Tampoco procede por el capítulo XV por supuesta violación de los arts. 28 y 26 del Código de Procedimientos, fundado en que la demanda fuera disyuntiva, pues expresamente dice la sentencia en el considerando 6º: «*tanto más cuanto que* su petición como disyuntiva carece de precisión jurídica.»

Tampoco por el capítulo XVII, supuesta violación de la ley 8ª, tít. 13, Part. 3ª y art. 26 del Código de Procedimientos, para demostrar lo cual basta examinar la forma en que está presentada la queja. Dice así el recurrente: «La Sala *da nuevo fundamento* á la denegación de caducidad, en la transacción celebrada entre los reos y el Gobierno Federal.»

Tampoco procede por la misma razón anterior por el capítulo XX, supuesta violación de los arts. 1 y 26 del Código de Procedimientos, fundado en que se declaró haber renunciado por transacción al derecho de acrecer.

Ligado con este requisito está el de falta de interés bajo aspecto distinto del en que le hemos considerado en la primera parte de este informe. En esa primera parte consideramos la falta de interés bajo el punto de vista de que algunos capítulos se apoyaban en lo que no era derecho suyo, y aquí le considero bajo el punto de vista de que la improcedencia de unos capítulos deja á otros sin interés.

Bajo este aspecto resulta que la queja del capítulo I, consiste en que se resolvió sobre el fondo de la excepción de obscuridad, la de los capítulos III, IV y

VI, en que se declaró improcedente la excepción, y los capítulos I y VII se fundan en que dió á los demandados por desistidos de esa excepción. Es claro que si se pudo y se debió dar por desistidos á los demandados de esa excepción, carece de interés averiguar si la excepción era ó no procedente, y al contrario, si la excepción era improcedente, carece de interés averiguar si procedía ó no aceptar el desistimiento. Luego rechazados los cuatro capítulos primeramente mencionados, sea por ilegal interposición, sea por improcedentes en el fondo, quedan rechazados los dos últimos por falta de interés, y al contrario, rechazados los dos últimos, quedan destruídos los cuatro primeros por el mismo motivo de falta de interés.

El capítulo V, que es resumen de los anteriores, necesita para prosperar que prosperen todos los anteriores, y cualquiera de ellos que caiga, arrastra el capítulo V.

Los capítulos VIII y IX, que se fundan en conceptos iguales á los capítulos anteriores, necesitan para prosperar que á la vez prosperen algunos de los capítulos I, III, IV y VI y uno de los II y VII.

Los capítulos X y XVI, se fundan en que declara la Sala que no procede la acción que dedujo sobre no aprobación del comunicado, por ignorarse quiénes sean los beneficiados, y el capítulo XI en que se declara que no procede la no aprobación del comunicado, porque sólo puede verificarse antes de la sentencia de división; y el capítulo XII en que la no aprobación prescribe con la terminación del juicio de testamentaría. Cualquiera de estos tres capítulos que no

sea admitido, sea por ilegal interposición, sea por improcedencia en el fondo, arrastra en su caída á los otros dos por falta de interés.

En los capítulos XX y XXI, funda la queja en que la Sala declaró no haber lugar al derecho de acrecer porque fué renunciado en 1869, en el capítulo XXIV, por falta de la conjunción necesaria y en los capítulos del XXV al XXIX por falta de la universalidad. Desechados los dos primeros, el segundo queda sin interés, y al contrario, y desechados los dos primeros ó el segundo, quedan sin interés los cinco restantes.

En los capítulos XXX, XXXI y XXXII, se funda la queja en que la Sala declara que no se ha probado, que no se ha cumplido con el comunicado, porque pueden estar bienes en poder de los Sres. Escandón y Barron, en cumplimiento del comunicado; en los capítulos XXXIII y XXXIV, en que pueden tener esos bienes por contratos con los legatarios; y en el capítulo XXXV porque sin conocer el comunicado no se puede decir que no esté cumplido; faltando alguno de estos en los grupos señalados, deja sin interés á los demás.

Funda el capítulo XIV en que la Sala niega las acciones, porque la Sala sólo da acciones al Juez y al Ministro Público; el capítulo XV en que la niega por haber sido presentada disyuntivamente; el capítulo XVII en que fué renunciada por transacción; el capítulo XVIII en que se ignora quiénes sean los legatarios y no es cuestión de autos averiguarlo; el capítulo XIX porque considera inaplicable la ley 9ª, tít. 9, Partida 6ª, en que funda la nulidad del comunicado;

en los capítulos XX, XXI, XXIV y XXV á XXIX en que no existe el derecho de acrecer. En los capítulos XXX á XXXVI en que no está probado el cumplimiento del comunicado; en el capítulo XXII porque terminado el juicio de testamentaría terminó toda acción de herencia; en el capítulo XXIII en que aceptado el comunicado por los ejecutores pasa á los herederos. Cualesquiera de estos capítulos ó grupo de capítulos que se deseche, deja sin interés á todos los demás.

Ya se ve, pues, todo lo que se necesitaría para que se destruyera la tercera de las resoluciones de la sentencia á la que se refieren los capítulos del X al XXXVII inclusive. Y si esa tercera resolución no se rompe, quedan sin interés los capítulos XXXVIII, XXXIX y XL, relativos á las excepciones.

Respecto de estas excepciones, hay todavía que advertir que el capítulo XXXIX se refiere á la excepción de cosa juzgada, derivada de la sentencia que puso fin á la testamentaría en 1869, de la pronunciada en el juicio promovido por la Beneficencia en 1884, y de la que puso fin á la demanda del Procurador de Justicia en 1886. En cualquiera de estos tres puntos en que se deseche el recurso, queda viva la excepción de cosa juzgada, y sin interés los otros puntos.

Así como desechados los capítulos relativos á la acción, dejan sin interés los capítulos relativos á las excepciones, así también desechado cualquiera de los capítulos XXXVIII, XXXIX y XL, deja sin interés todos los capítulos, desde el X al XXXVII inclusive, que se refieren á la acción.

La razón es completamente clara y comprensible.

Si la acción no está probada, es completamente inútil examinar si le obstan ó no las excepciones. Si es procedente una excepción perentoria, no hay interés alguno en averiguar si son procedentes las demás excepciones perentorias, y si está probada ó no la acción.

Cuarto requisito.—Violación de la ley:

Dice Fouzier-Herman:[1] «Retenons ce principe qui domine toute la matière, à savoir que, pour qu'il y ait ouverture à cassation il faut qu'il y ait contravention à une disposition formelle de la loi écrite.» Dalloz[2] copia estas palabras de Merlín: «Mal juger, dit ce Magistrat, et juger contre une loi expresse, sont deux choses totalement différentes; et si la Cour peut et doit casser tous les arrêtes qui jugent contre la loi, elle ne doit, elle ne peut jamais casser un arrêt qui ne juge que contre la raison, qui n'offense que des principes universellement reçus, il est vrai, mais auxquels le legislateur n'a pas imprimé le sceau de sa puissance.» Mr. A. P. Tarbé:[3] «L'expérience fait voir que ce moyen, l'injustice évidente, n'est le plus souvent que la dernière ressource d'une chicane expirante, qui n'a plus que ce moyen pour se ranimer.»

El Tribunal Supremo de España dice en sentencia de Diciembre 23 de 1861:[4] «Que no puede admitirse como fundamento del recurso, la mala aplicación de una ley, pues no basta decir que se ha aplicado mal, sino que es preciso demostrar que se infringió expresamente.»

1 Loc. cit., núm. 2,906.
2 Repertoire du droit et juris., t. VII, V. «Cassation.» núm. 1,304.
3 Cour de Cassation. Introduct, pág. 56.
4 Tomo 6°, pág. 756, núm. 315.

La regla que sirve de guía para saber si existe ó no este requisito, nos la da Chénon en estas palabras:[1] «Para que haya violación de ley que pueda producir la casación, se necesitan evidentemente tres cosas que ya Tolozan había indicado con claridad en el siglo último; se necesita: 1º que haya una ley vigente que los Jueces deban aplicar; 2º que la sentencia contenga una disposición contraria á esta ley; y 3º que no existan en la causa circunstancias especiales que puedan hacer desaparecer esta contradicción." La regla práctica consiste, pues, en establecer la proposición de ley y al lado de ella la proposición de la sentencia, y que comparadas resulten dos proposiciones contradictorias. En ese caso hay un motivo, un medio eficaz de casación, si circunstancias especiales de la causa no hacen desaparecer la contradicción.

Por no llenar este requisito, son de desestimarse todo los capítulos invocados, como será fácil demostrar analizándolos someramente.

Los capítulos I á IX se basan en todas estas proposiciones: 1ª las excepciones dilatorias alegadas al *contestar* la demanda, no pierden el carácter de dilatorias; 2ª opuestas por el demandado varias excepciones, el actor puede aceptar únicamente una de ellas, y esto constituye contrato; 3ª después que el actor se conformó con una excepción, si el demandado la retira, no tiene ya derecho de hacerlo, y aun cuando el actor no lo contradiga, no se entiende que consiente; 4ª á pesar de que las excepciones están introduci-

1 Loc. cit., núm. 47.

das en favor del demandado, el actor tiene derecho á prevalerse de ellas; 5ª es materia legítima para un contrato el que una demanda sea obscura, y 6ª el poner una demanda con defectos legales puede ser fuente de derechos para el actor.

Cualquiera de estas proposiciones que falte, deja sin efecto los nueve primeros capítulos del recurso, y no conozco la disposición formal en que se apoye una sola de ellas y mucho menos todas y cada una.

Se funda el capítulo X, en que, en concepto del recurrente, en el art. 20 de la ley de 10 de Agosto de 1857 se ordena que el Juez debe reprobar los comunicados cuando son contrarios á las leyes, y ese artículo no habla una palabra de aprobación ó reprobación de los comunicados.

Se funda el capítulo XI, en que es contraria al art. 20 citado, la interpretación de que la no aprobación del comunicado sólo puede verificarse antes de la sentencia que apruebe la división, y no puede ser así cuando ese artículo nada dice sobre aprobación ó reprobación, sino sólo sobre revelación y sobre impedir ó favorecer el cumplimiento.

Se funda también ese capítulo en que esa interpretación equivale á afirmar: «que el derecho que da la ley á la autoridad, de aprobar ó no aprobar un comunicado, prescribe por el lapso del término que se extingue en la fecha de la sentencia,» interpretación contraria á los arts. 1,167 del Código Civil de 1870 y 1,061 del vigente, que establecen que sólo pueden prescribirse los derechos que están en el comercio, y no lo está la facultad de los Jueces para aprobar ó no aprobar un comunicado.

Los artículos citados dicen en efecto: «Sólo pueden prescribirse las cosas, derechos y obligaciones que están en el comercio, salvas las excepciones establecidas por la ley.» La disposición es sin duda formal respecto de las cosas que no son susceptibles de prescripción; pero necesitaría disposición formal, que no la cita, ni la citará tampoco, porque no existe, que consignara que el hecho de que se trata estaba comprendido en los artículos que se citan.

Lejos de demostrarse que el caso esté comprendido en los dos artículos que se citan, es por el contrario fácil comprender que nada tiene que ver el caso con lo dispuesto en esos artículos; porque el que ciertas cosas deban ejecutarse en determinado plazo, nada tiene que ver con la prescripción. El término extraordinario de prueba se debe pedir dentro de los ocho días del ordinario, y pasados esos ocho días ya no se puede pedir, sin que nadie haya visto en esto una prescripción. Análoga cosa acontece con la calificación de las posiciones y con casi todos los actos judiciales.

Todo ciudadano tiene obligación de ser jurado de 21 á 60 años, y á los 70 años ya no la tiene, sin que esto tenga atingencia alguna con la prescripción. Los ciudadanos á quienes toca en suerte el trimestre de jurados tienen que acudir á las citas á la hora señalada, sin que puedan hacerlo después, no por prescripción, sino por la naturaleza de las cosas.

La teoría que sostiene la sentencia recurrida está perfectamente desarrollada por el Juez de primera instancia en el Considerando 15, que dice: «El Juzgado ha advertido que el comunicado secreto puede ser

verbal, autorizando la ley esta forma como válida, y ahora para esclarecer el punto de que se ocupa, hace constar además que la infracción de una ley consiste en un hecho ó en una omisión, y que las omisiones son delitos instantáneos cuando la infracción estriba en dejar de hacer, en plazo fijado por la ley, lo que ordena se ejecute. Haus enseña, en la página 276 de la obra citada, que: «Si el deber de hacer, al cual se ha faltado por la inacción, era un deber instantáneo, es decir, un deber consistente en realizar un acto en cierta época fijada, el delito es instantáneo. Tal es el deber...... de hacer en un plazo dado ciertas declaraciones á la autoridad.» El art. 20 de la ley de 10 de Agosto de 1857 ordena que los albaceas tienen obligación de dar á conocer al Juez de la testamentaría y Defensor Fiscal, los comunicados secretos, *antes de que se aprueben los inventarios,* luego la no revelación de un comunicado secreto es una infracción de ley instantánea. Si el tiempo se deja correr, si las acciones que de la infracción nacen no se ejercitan, si aquél á quien competen mira impasible los estragos de la muerte, y desaparecer á los que guardan el secreto del testador, no tiene justicia, derecho alguno para después llamar ante los tribunales á los descendientes de los ejecutores y preguntarles lo que no saben, y lo que es una enormidad mayor, la de exigirles la devolución de lo que recibieron sus antecesores para cumplir el comunicado, por no allanarse á lo que les es imposible.»

El hecho de que se trata no tiene atingencia con la prescripción, y si la tuviere, no sería con la prescripción civil, sino con la prescripción penal, supuesto que

el art. 20 de la ley de 10 de Agosto de 1857 impone una obligación bajo cierta pena, y es entonces de tenerse en cuenta lo dispuesto en el art. 267 del Código Penal, que dice: «Las acciones provenientes de delitos cometidos antes de promulgarse este Código, y que entonces eran imprescriptibles, dejan de serlo. Los términos para su prescripción serán los que señala este Código, y se contarán desde el día en que comience á regir.»

Conviene tener presente lo que sobre esta materia dice el gran jurisconsulto Troplong:[1] «On ne prescrit pas contre les bones mœurs ni contre les matières qui tiennent à l'ordre public. L'empire des bonnes mœurs est au dessus des atteintes de l'homme et de l'influence du temps. Il est vrai que, si un fait a été comis en contravention aux lois qui les protégent, la prescription peut mêttre le coupable à l'abri de la peine ou des domages intéréts qui pourraient être réclamés contre lui. On admettait aussi dans l'ancienne jurisprudence cette régle d'humanité; mais il y avait quelques crimes particuliers qui n'étaient jamais couverts par la prescription: tels étaient les crimes de duel, de lése majesté, de simonie. Aujourd'hui nous ne reconnaissons plus des crimes imprescriptibles. *Mais le pardon que la loi accorde à la faute après un certain temps n'est pas un droit acquis à recommencer.* —Ainsi encore, celui qui aurait stipulé des intéréts usuraires n'acquerrait pas, quand même il les aurait perçus pendant trente ans, le droit de forcer son débiteur à lui servir cette prestation défendue par les

1 De la prescripción, T. I.

lois. Ce dernier pourra même le contraindre à lui restituer l'excédant d'intérêt qu'il a perçu pendant vingt neuf ans. On peut consulter sur ce point un jugement du tribunal d'Auxerre, confirmé par arrêt de la Cour de Paris du 2 Mai 1823. Demandera-t-on comment il se fait que ce qui n'a été perçu que par suite d'un delit ne doit pas être restitué lorsque le délit se montre flagrant? La raison en est d'abord que l'action pour un délit est prescriptible comme toutes les autres: ce qui a été introduit par humanité; car le législateur ne doit pas être plus inflexible que Dieu même, dont la justice se concilie avec le pardon. Ensuite, celui qui, ayant livré quelque chose en vertu d'une cause déshonnete, ne réclame pas pendant trente ans, est censé en faire don ou remise.»

Laurent dice igualmente:[1] "La possession, quelque longue qu'elle soit, ne peut être invoquée contre l'intérêt public, on ne prescrit-pas contre l'ordre public; c'est un axiome dont la verité est incontestable et qui reçoi de nombreuses applications.—Ce que nous disons de l'état politique s'applique aussi à l'état civil; l'état civil ne peut s'acquérir ni se perdre par la prescription. Sur ce point nous avons un texte formel: "L'action en réclamation d'état est imprescriptible à l'égard de l'enfant."[2] S'il y a un droit naturel, anterieur à toute convention et indépendant de tout contrat, c'est certes celui que donne le sang; on n'acquiert pas le sang et on ne le perd point par la prescription. Cependant l'état civil n'est pas imprescriptible d'une manière aussi absolue que l'état politique. Des droits

1 Princip. de droite civil, t. 32, §§ 236, 238, 246 y 258.

2 Art. 328.

pécuniaires sont attachés à l'état civil; et ces droits sont soumis à la prescription. Voilà pourquoi l'action en réclamation d'état, imprescriptible à l'égard de l'enfant, devient prescriptible à l'égard de ses héritiers;[1] ceux-ci, en réclamant l'état civil de leur auteur, n'ont en vue que d'obtenir les avantages pécuniaires qui peuvent en résulter pour eux, *et tout droit pécuniaire est prescriptible.*—Les eaux donnent lieu à des difficultés particuliers en ce qui concerne la prescription. Nous les avons exposées ailleurs, notamment en ce qui concerne les cours d'eau non navigables: ils sont imprescriptibles; ce qui n'empêche pas les conventions et les possessions de creer des rapports juridiques entre les riverains. — L'imprescriptibilité du domaine public n'est pas absolue, en ce sens qu'elle puisse être invoquée par tous ceux qui y ont intérêt; l'État seul, ou la province et la commune dans le domaine desquels les biens se trouvent peuvent s'en prévaloir; *les particuliers ne sont pas les représentants de l'intérêt général, et ils ne peuvent pas l'invoquer quand il s'agit de relations d'intérêt privé.* Il a été jugé que la possession, par un particulier, d'un immeuble dépendant du domaine public peut servir de base à une action possessoire, en cas de trouble apporté à cette possession par un autre particulier. Le premier jugé s'y était trompé; il avait repoussé la demande par le motif que le terrain dont il s'agissait faisait partie du domaine public, et ne pouvait, dès lors, être l'objet d'une jouissance privée. C'était faire une fausse application du principe que les

1 Arts. 329 et 330.

biens du domaine public sont hors du commerce. Il ne s'agissait pas au procès *des droits de l'État, à l'égard duquel il est très-vrai qu'une possession quelconque ne saurait être que précaire. Le litige était entre particuliers, et se bornait à des intérêts privés; dans ce cas, la possession invoquée n'est pas nécessairement précaire, elle ne l'est que si elle ne réunit pas en fait les conditions légales d'une possession utile.*"

Dedúcese de estas doctrinas que la imprescriptibilidad de orden público no puede ser invocada por los particulares; que los intereses particulares que puedan ser afectados por actos imprescriptibles son prescriptibles, porque dice Laurent: *todo derecho pecuniario es prescriptible.*

Además, en ningún caso y por ningún motivo pueden ser aplicables á la cuestión que debatimos los arts. 1,167 del Código Civil de 1870 y 1,061 del vigente, porque se trata de actos que pasaron del año de 1862 al año de 1869, y esta Sala tiene dicho en sentencia de 20 de Abril de 1894, siendo ponente el Magistrado D. José Zubieta:[1] «No puede alegarse la violación de leyes que no han podido ser aplicadas sin quebrantar el principio de la no retroactividad,» é igual doctrina consigna en ejecutoria de 29 de Septiembre del mismo año, bajo la ponencia del Magistrado D. Manuel Osio.

En el capítulo 12 se alega infracción del art. 1,183 del Cód. Civ. de 1870, que prohibe considerar la prescripción de oficio, y el 605 del Cód. de Proc. Civ. que

1 Anuario de 1894, pág. 144, Resumen.

manda que los Jueces no se ocupen más que de las excepciones opuestas, y que no se opuso la excepción de que hubiera prescrito el derecho del Juez para aprobar ó no aprobar el comunicado.

No se violó ni se pudo violar el primer artículo porque no está vigente, y aun estándolo no le habría violado, ni el 605 del de Procedimientos, porque en la contestación de la demanda se alegó la excepción de prescripción, que, ya alegada, el Juez podía aplicarla á todos los puntos á que fuera aplicable, según las doctrinas del recurrente.

Aunque se confundieran la acción con la excepción no se viola, como dice el capítulo XIII, la ley 8, tít. 3, Part. 3ª, por no estar vigente, y el art. 26 del Código de Procedimientos Civiles, que define las excepciones y defensas y que no sería violado aunque el Juez confundiera la acción con la excepción ó defensa; pues ese artículo no podría ser violado sino porque atribuyera á la excepción ó defensa lo que no era propio de la excepción ó de la defensa.

Asienta en el capítulo XIV que se viola el art. 20 de la ley de 10 de Agosto de 1857, al afirmar que ese artículo sólo da acciones sobre el comunicado al Juez y al Ministro Público, pues en esto «se refiere exclusivamente á la acción para conocer el comunicado, y no quita las acciones del que se crea con derecho al comunicado.» No se refiere exclusivamente á conocer el comunicado; pues según el recurrente expresa en el capítulo X, se refiere á aprobar ó no aprobar el comunicado y según el tenor del artículo se refiere á impedir su cumplimiento ó á cuidar de que lo tenga. No existe pues disposición formal en el sentido que

se expresa que pudiera ser violada por la sentencia.

Aunque la sentencia dijera que la excepción destruye la acción, no violaría los arts. 26 y 28 como se dice en el Capítulo XV, porque para ello era necesario, entre otras muchas cosas, que el art. 26 dijera, como asegura el recurrente, que las excepciones dilatorias impiden el curso de la acción, y no lo dice.

Aun cuando la sentencia diga que no está precisada la demanda, no viola el art. 605, pues los Jueces no están impedidos para decir la opinión que se formen de cualquiera pieza de autos.

El capítulo XVII es igual al XIII, y como el recurrente repite las mismas citas bajo los mismos conceptos, bastará repetir las mismas respuestas.

No se viola el art. 554, según dice el capítulo XVIII, porque no existe la pieza de autos que demuestre lo que el recurrente afirma.

La ley 9, tít. 9, Part. 6ª, que se cita en el capítulo XIX, no ha podido ser violada por referirse á legados inciertos y no á comunicados secretos, y por ser falso el supuesto de su aplicación.

No viola la Sala los arts. 1º y 26 del Código de Procedimientos que cita el capítulo XX, porque no incurre en la confusión que supone el recurrente, y porque determinado hecho puede tener relación con la acción y con la excepción.

En el capítulo XXI se citan como violados, el art. 20 de la ley de 10 de Agosto de 1857, y la ley 23, tít. 9, Part. 6ª, porque se niega el derecho de acrecer, porque D. Ignacio Amor, en los convenios de Mayo de 1869, no se reservó derecho alguno, y agrega: «Esta inteligencia de la Sala es contraria á la interpretación

jurídica del art. 20 de la ley de 10 de Agosto de 1857, y de la ley 23, tít. 9, Part. 6ª, según las cuales el derecho de acrecer nace al producirse la causa que lo determina, y antes de la causa no existe derecho alguno.» No hay para qué examinar la ley 23, tít. 9, Part. 6ª, que se cita, porque ésta no habla de derecho de acrecer, sino la ley 33 del mismo título que se cita más abajo en este capítulo. Tampoco hay que ver el art. 20 de la ley de 10 de Agosto de 1857, porque tampoco habla del derecho de acrecer, sino el que habla de ese derecho es el art. 21. Tanto el art. 21, como la ley 33, y sobre todo el primero, resuelven la cuestión de una manera clara en contra de la tesis del recurrente. Dice así: «El derecho de acrecer competerá sólo á los herederos ó legatarios á quienes se haya dejado una herencia ó legado en común, en la misma disposición testamentaria, y sin designar en ella la parte de cada uno de los coherederos ó colegatarios.» Requiere esta ley ser coheredero ó colegatario de cosa común, y sin designación de partes, para que corresponda el derecho de acrecer, sin hablar absolutamente nada de la causa que determine la existencia del objeto de ese derecho, y no se violó ni pudo ser violada esta ley por la sentencia, bajo el concepto que se supone.

Lo aquí asentado es aplicable á los caps. XXXVIII y XXXIX, por referirse ambos al art. 21.

En el capítulo XXII pretende violó la sentencia el art. 1º del Código de Procedimientos Civiles, al declarar que, «terminado el juicio de testamentaría, toda acción de herencia ha terminado.» El art. 1º dice: «Se llama acción, el medio de hacer valer ante los tribu-

nales los derechos establecidos por la ley.» Es enteramente claro que, aun cuando toda acción hereditaria termine con el juicio de testamentaría, continuará siendo una verdad que se «llama acción el medio de hacer valer ante los tribunales los derechos establecidos por la ley.» No hay contradicción, ni oposición alguna entre una y otra cosa.

Sostiene en el capítulo XXIII, que la Sala viola la ley 9, tít. 9, Part. 6ª, porque establece que aceptada la manda por los representantes del comunicado, debe pasar á los herederos de los legatarios, con lo que viola la ley citada, por dar efectos á una manda nula, como lo es aquella en que no se sabe ciertamente quiénes sean los legatarios. Ya hemos dicho que la ley citada no es aplicable á los comunicados. No lo es tampoco á la trasmisión del derecho de herencia ó legado. En primera instancia dediqué una parte de mi Informe á tratar del derecho de substitución, y merece repetirse lo que entonces dije: «Farinacio,[1] en la decisión núm. 463, dada el lunes 23 de Enero de 1584, trata de un pleito sobre herencia entre Camila y Bartolo, que se decide á favor del último: *quia cum etiam ipse Bartholomeus fuerit vulgariter substitus huic est præferendus.... Præterea, Camillæ et eidem substitutus, præfertur alteri substituto... Quibus stantibus regula est, quod vulgaris substitutio unita cum jure accrescendi transmittitur.... et quod transmisio fiat ad heredes sunt textus clarissimi.»*—Que hay textos clarísimos que establecen esta transmisión, dice el Tribunal de la Rota, y

1 Deciss., Rot., Rom.

entre los diversos que cita, hay, en efecto, uno que no puede ser ni más expreso, ni más claro. Es del jurisconsulto Gayo,[1] en el que dice que si Pedro es instituído heredero en dos partes, en una puramente y en otra bajo condición, si cede la parte de la institución pura, y muere antes de que se cumpla la condición de la otra porción, esta parte pertenece también al heredero: «*Qui ex duabus partibus heres institutus fuerit, ex alia pure, ex alia sub conditione; et ex pura institutione adierit et decesserit, posteaque conditio extiterit: ea quoque pars ad heredem ejus pertinet.*»—El caso es enteramente igual al que en este negocio se debate, siempre bajo el supuesto del actor, que es bajo el cual estamos discutiendo. D. Antonio Escandón y D. Alejandro Arango y Escandón fueron instituídos herederos puramente, es decir, sin condición, por la cláusula 17 del testamento en el décimo del tercio de la herencia, y fueron instituídos herederos en los dos tercios, bajo la condición que expresa la cláusula 16: si esta condición se cumplió en vida de los sustituídos, es fuera de duda que se transmitió la herencia á sus herederos; y si esta condición se cumplió después de la muerte de los directamente llamados, también esta parte, según el jurisconsulto Gayo, pertenece á sus herederos, *ea quoque pars ad heredem ejus pertinet.*—De cualquiera manera que sea, la cláusula 16 del testamento contiene una sustitución, y la sustitución impide el derecho de acrecer. El texto del jurisconsulto Ulpiano[2] no puede ser más expreso. Se instituyen, dice,

1 L. 53, D. de adq. vel. omitt. hered., 29—2.
2 L. 2, párrafo 8; D. De Bon. poss., sec. tab., 37—11.

dos herederos, Primo y Secundo, y á Secundo se le substituye Tercio; pero si Tercio no quisiera adir la herencia ó admitir la posesión de bienes, acrece la herencia á Primo: y Gothofredo dice en las notas á esta ley: «*Substitutus præfertur conjuncto expresse vel tacite. Substitutionis jus potentius est accrescendi jure. Substitutio facit cessare jus accrescendi.*» Y Justiniano[1] establece también este mismo orden, llamando para el caso de caducidad, primero á los substitutos, después á los conjuntos, y finalmente á los herederos. Los autores están uniformes en este punto.—Dice Dalloz: «Lorsque le testateur a substitué directement un tiers au légataire defaillant, il n'y a pas lieu à l'accroissement au profit des autres légataires, la place du défaillant se trouvant remplie par la volonté du testateur,» y además, la ley de Alcalá,[2] que antes se ha citado, llama expresamente á los substitutos, después de los instituídos.

«He dicho antes que de cualquiera manera que sea, existe la sustitución, y me he servido de estos términos no accidentalmente, sino para expresar que desde el punto y hora en que la sustitución existe, no hay derecho de discutir sobre la validez, subsistencia y eficacia de la sustitución; porque es doctrina corriente que la sustitución, aun cuando sea inútil, aun cuando sea ineficaz, impide el derecho de acrecer. Así lo dice el jurisconsulto Scevola,[3] que Gutiérrez[4] expone de esta manera: «La sustitución, aun inútil, impide el de-

1 L. únic., párrafo 4, C. de Caduc., toll. 6—51.
2 L. I, tít. 18, lib. 10 de la Novísima.
3 L. 19, pr. D. De injust. rupt. irr. fact. test. 28—3.
4 Repetit. l. únic. C. Quando non pet. par., núm. 46.

recho de acrecer, según el texto elegante de la ley penúltima, cuyo caso se puede determinar de esta manera: álguien instituyó dos herederos, á saber: Ticio y Mevio, desheredando al póstumo, y después sustituyó otros dos de quienes no desheredó al póstumo; y así, respecto de los sustitutos, fué inútil la sustitución; después murió el dicho Ticio, á cuya porción se llamaba al sustituto, que no podía ser admitido, porque la sustitución fué inútil por la preterición del póstumo, y se dudaba ¿si Mevio, ya coheredero, puesto que cesa la sustitución, debe de ser admitido por el derecho de acrecer? A lo que responde el texto, que no, sino al mismo póstumo, puesto que ya el testamento está roto por la persona del instituído, cuyo póstumo fué desheredado, en cuyo lugar se llamaba al sustituto, cuyo póstumo no había sido desheredado, y por lo mismo rompió el testamento: *Ergo manifestissime textus ibi probat, substitutionem, quantum cumque inutilem, excludere jus accrescendi.* Lo mismo enseña Castillo Sotomayor:[1] «*Jus accrescendi tollitur per substitutionem etiam inutilem, et quae effectum non habuit.*»[2]

En el caso de violación se habrían violado las leyes citadas en el estudio sobre *substitución* y no la ley 9, tít. 9, P. 6ª, que no contiene disposición formal sobre transmisión de herencia ó de legado.

La sentencia que dice que en determinado caso no hay herencia común, no puede violar, como dice el capítulo XXIV, la ley 8, tít. 33, P. 7ª, que dice qué co-

1 Quotid. contr., lib. 5, cap. 108, Summ. núm. 12.
2 Informe ante el Juez 5º de lo Civil, págs. 204—207.

sa es herencia y no *qué cosa es herencia común*, ni el art. 21 de la ley de 10 de Agosto de 1857 que exige cosa común para el derecho de acrecer, y no dice cómo y cuándo hay cosa común.

No existen las violaciones de los capítulos XXV, XXVI y XXVII, sobre el alcance de la palabra heredero, por lo que se ha alegado en la primera parte de este Informe sobre estos capítulos y en el requisito sobre apreciación de pruebas y apreciación en conjunto.

Cita como violado en el capítulo XXVIII la ley 3ª, tít. 33, P. 7ª, porque restringe la institución de herederos á la tercera parte de los bienes: es pues preciso sacrificar ó la frase literal *tercera parte* ó la frase *universal*, y al preferir una á otra no se viola la ley citada.

Debió preferir, se arguye, la otra interpretación; mas aun cuando así fuera cierto, al no hacerlo no hay violación formal de la ley, según las doctrinas que he asentado con otro motivo sobre reglas generales de interpretación de los contratos.

Pretende en el capítulo XXIX, que se ha violado la ley 114, tít. 18, P. 3ª, porque con la interpretación de que no son herederos universales se deja sin valor la frase «herederos universales, contra lo que ordenan los principios jurídicos.» Si hay que acudir á principios jurídicos no hay disposición formal de la ley.

En el capítulo XXXII, pretende establecer el recurrente la propiedad del Convento de San Agustín, de la concesión y de la subvención, y ninguno de los elementos que aduce favorecen su intento.

En el capítulo XXXVI habla de una ley que no existe, y la que puede presumirse que quiso citar no es aplicable.

Los arts. 7 y 64 de la ley de 10 de Agosto de 1857 y los 3,875 y 3,854 del Código Civil de 1870, que cita en el capítulo XXXVII, no serían infringidos, aun siendo cierto todo lo que supone, porque nada determinan sobre interés en los comunicados.

En el capítulo XL supone violados el art. 20 de la ley de 10 de Agosto de 1857, seguramente será el art. 21 ó 22, y la ley 23, será la 33, tít. 9, P. 6ª, porque declaró prescrita la acción, y no la habría declarado si hubiere establecido, como en concepto del recurrente debió haberlo hecho, que el derecho de acrecer no nació sino hasta 1883, según cree haber fundado en el capítulo XXI. Ninguna disposición formal contienen las leyes citadas ni las que parece que quiso citar sobre el punto de que se trata, y menos sobre el punto de prescripción á que ese capítulo se refiere.

En los capítulos XXX, XXXI, XXXIII, XXXIV y XXXV, se invocan como violados los arts. 354 y 355 del Código de Procedimientos, capítulo XXX; art. 3º, ley de 23 de Diciembre de 1843, capítulos XXXI, XXXIII y XXXV, fundado en que: 1º Cuando no se prueba el cumplimiento del comunicado se tiene que admitir que el comunicado no se ha cumplido; y 2º en que el que funda su derecho en una negación nada tiene que probar.

Lo primero no es exacto, ni lógico ni legal; porque cuando no se prueba la existencia de una cosa, no está probada ni la existencia ni la no existencia, no está probada ni la afirmativa ni la negativa. Vamos á ver si el segundo fundamento es exacto con arreglo á los principios jurídicos.

¿El que funda su acción en una negación no tiene obligación de probar?

Empecemos por hacernos cargo de los fundamentos que invoca.

Consisten en dos sentencias españolas que dicen en efecto que el actor no tiene que probar los hechos negativos en que apoya su demanda, pero los casos en que se aplicó esa regla le quitan mucho de su alcance y trascendencia.

En el primero[1] D. Andrés Ferreiros entabló demanda exponiendo que D. Vicente Méndez Quiroz, le exigía, en concepto de llevador de la mitad del Rial, la renta anual de cuatro ferrados de trigo, doce de centeno, doce de menudo, cinco gallinas y un cabrito; que el demandante nada poseía en dicho lugar; ni llevaba bienes algunos del dominio de Méndez Quiroz, ni sobre sus fincas había sido puesto gravamen.

Méndez Quiroz contestó que desde tiempo inmemorial le había pagado el demandante y su causante la renta referida.

No se rindió prueba. La audiencia, revocando la sentencia de primera instancia, absolvió al demandado y el demandante interpuso casación por violación de las leyes 1ª y 2ª, tít. 14, Part. 3ª.

El Tribunal desechó el recurso fundado en que, aunque el demandante no tenía que probar hechos negativos si no importaban afirmación, los que había alegado importaban afirmación, y agrega: «Considerando que si bien la ley 1ª, tít. 14, Part. 6ª, que impone al demandante la obligación de probar la acción, so

1 Sentencia de Enero 26 de 1866. Colec., T. 13, núm. 34.

pena de darse por quito al demandado, exceptúa las cosas negadas en juicio, que ni pueden ni deben probarlas aquellos que las niegan, á no ser que contengan hechos afirmativos, en cuyo caso corresponde la prueba al que afirma, según lo expresa en la ley 2ª del mismo título y Partida. Considerando que habiendo estado el demandado, por confesión del mismo demandante, en la posesión de cobrar de éste por espacio de más de 20 años la renta que después se ha resistido á pagar, y entablado demanda al efecto, fundándola en que nada poseía en el lugar del Rial, en que no era llevador de bienes algunos del demandado, y en que otros que poseía en la parroquia de Leiro, no tenían el gravamen de pagar aquella renta; siendo estos hechos verdaderas afirmaciones, como referentes á actos propios, correspondía al demandante su prueba. Considerando que no habiéndose practicado ninguna prueba, la sentencia que respetando la posesión en que se hallaba el demandado y fundada en la disposición de las leyes 1ª y 2ª antes citadas, ha absuelto á éste de la demanda, no ha infringido dichas leyes invocadas en el recurso.»

En el segundo caso[1] se demanda el precio de unos géneros vendidos, asegurando el actor que no se le habían pagado. El demandado contestó que había recibido los efectos pero que los había pagado.

Absuelven al demandado, y el demandante interpone recurso de casación fundado en que no corresponde al demandante la prueba de los hechos negativos, que son fundamento de la demanda, «toda vez

1 Sentencia de Marzo 7 de 1872, Colec., T. 25, núm. 87.

que la sentencia recurrida consideraba de la incumbencia del recurrente la prueba referente al no pago del precio total de los géneros;» y el Tribunal casa la sentencia: «Considerando que es doctrina legal aceptada por este Tribunal Supremo, la de que no corresponde al demandante la demostración de hechos negativos que son fundamento de la demanda, y la de que quien afirma un hecho está obligado á probarlo; en cuya virtud, habiendo confesado Sari la compra de los curtidos, y afirmando que había satisfecho su precio, á él incumbía la prueba de este extremo para que no le perjudicase la confesión de la deuda.»

El principio asentado en estas sentencias es el que dice el recurrente; pero los casos están resueltos, si no precisamente en contra, sí sin aplicación del principio invocado; pues en el primero se puso á cargo del actor el peso de la prueba, fundándose el fallo en la posesión y en que los hechos negados estaban circunscritos por el lugar, y en el segundo no era propiamente fundamento de la demanda el no pago del precio sino la venta de los curtidos.

Nos cita también una sentencia de esta Sala, sin determinar su fecha, sobre negatoria de servidumbre, y en la que dice que esta Sala consagró sus teorías.

Aunque existiera esa sentencia en el sentido que expresa, nada probaría en su favor; porque la acción negatoria de servidumbre tiene reglas especiales, que no es lícito extender á otros casos.

Pero además, resulta que la única sentencia que yo encuentro en la colección mexicana no favorece su intento. Es de fecha Julio 13 de 1892, y se refiere á demanda de la Sra. Martina Rodríguez Arana, con-

tra D. Francisco de P. Castro, pidiendo se declare libre de servidumbre la casa núm. 6 del Mirador de la Alameda. La sentencia de apelación, revocando la del inferior, absolvió al demandado. El actor interpuso casación que se declaró sin lugar, así es que el caso quedó resuelto en contra de la acción negatoria.

Con el apoyo de estas citas se consideró fuerte el quejoso é increpó con dureza y acritud inconcebible á la mayoría de la Sala sentenciadora, y ya hemos visto que esos textos, bien analizados y bien entendidos, no dan motivo ni le prestan apoyo para mostrarse tan orgulloso.

Vamos á ver si los textos que favorecen la teoría contraria, son algo más expresos.

La teoría de la prueba está expuesta á este respecto en nuestro Código de Procedimientos en los arts. 354, 355, 356 y 604, que dicen así: «Art. 354. El que afirma está obligado á probar. En consecuencia, el actor debe probar su acción y el reo sus excepciones.» —«Art. 355. El que niega no está obligado á probar, sino en el caso de que su negación envuelva afirmación expresa de un hecho.»—«Art. 356. También está obligado á probar el que niega cuando al hacerlo desconoce la presunción legal que tiene á su favor el colitigante.»—«Art. 604. Cuando el actor no probare su acción será absuelto el demandado.»

Había enseñado el jurisconsulto Paulo:[1] «Ei incumbit probatio, qui dicit; non qui negat.» El Emperador Antonino decía:[2] «Posessiones, quas ad te pertineri dicis, more judiciarum persequere. Non enim possesori in-

1 L. 2, D. de probat. et presunt., 223.
2 L. 2, C. de prob., 4-19.

cumbit necesitas probandi eas ad se pertinere: cum te in probatione cesante dominium apud eum remaneat.»

Consecuentes con estos principios, decían Diocleciano y Maximiano:[1] «Frustra veremini, ne ab eo qui lite pulsatur, probatio exigatur» y en otro lugar[2] «Actor, quod asseverat, probare se non posse profitendo, reum necessitate mostrandi contrarium non adstringit cum per rerum naturam factum negantis probatio nulla sit.»

Como se ve, suponen aquí los Emperadores que quien niega es el demandado, y lo mismo supone el art. 354 de nuestro Código.

Los principios consignados en el derecho romano son exactamente los mismos que los consignados en nuestro Código. ¿Cómo se desarrollaron aquéllos? Inocencio III es el que nos da una idea exacta de la verdadera teoría respecto de la prueba de los hechos negativos. Tratábase de una elección que se argüía de mal hecha: la Santa Sede nombró un Delegado Apostólico que conociera del asunto: el Delegado instruyó un proceso y casó la elección: varios electores se quejaron alegando que el proceso se había sustanciado sin citación suya, y dice Inocencio III:[3] "Porro excessus notorius examinatione non indiget, et pro his, quæ a Judice sunt acta, præsumittur quod omnia rite fuerint celebrata, quamvis et quod citati non fuerint, non posset de facili comprobari: quia negantis factum, per rerum naturam nulla est directa probatio."

1 Ibid., L. 8.
2 Ibid., L. 23.
3 Dec. de reg. IX, lib. I, tít. 4°, capítulo XXIII.

No es, pues, exacta la teoría de que los hechos negativos no pueden ser probados, sino la verdadera es la de Inocencio III, á saber: que los hechos negativos no pueden probarse fácilmente, no pueden ser probados directamente. No se escapó esta circunstancia á la penetración del jurisconsulto Paulo, y por eso dice:[1] «Ab ea partes, quæ dicit, adversarium suum ab aliquo jure prohibitum esse specialiter lege vel constitutione, id probare oportere.» «Idem respondit, si quis negat emancipationem recte factam, probationem ipsum præstare debere.»

¿Cómo entendieron y aplicaron los intérpretes estos principios? Gothofredo, comentando á Paulo,[2] se expresa de esta manera: «Hinc collige, negativam ab eo prebandam esse, qui in ea fundamentum suæ intentionis facit, et qui ea utitur adversus communem præsumptionem vel ita. Probare quid jure prohibitum, seu juris prohibitionem, et exceptionem is debet, qui eam in judicium deducit: quippe jure permissum et factum quisque præsumitur, nisi contrarium probetur.» Tenemos, pues, que según la glosa de Gothofredo, tiene que probar la negativa el que funda en ella su intención y tiene que probar la excepción el que la deduce en juicio.

El Cardenal Francisco Mantica[3] dice: «Nam negativa in qua consistit fundamentum intentionis, debet probari...... Quod sicut non præsumitur factum, ita non præsumitur non factum, sed qui nititur ex non facto debet probare, quando illud est fundamentum

1 L. 5, D. De Probat. et Præs., 22-3.
2 L. 5., cit.
3 Tract. de Conject., utim. volunt., lib. 2, tít. 1, núms. 3, 4 y 5.

suæ intentionis.... Secundo adducitur, quod negativa, quæ non est coartacta loco et tempore, secundum naturam probare non potest.... sed huic etiam potest responderi quod id probari debeat eo modo quo potest.... Quin etiam ei, cui incumbit onus probandi negativam, sive sit probabilis, sive improbabilis imputatur, si ea probare non potest: nam communis regula juris et ratio naturalis persuadet, ut unusquisque debeat probare id quod est causa suæ intentionis, et non exquirat probationem ab adversario.» La doctrina de Mantica no puede ser más clara y terminante: el que funda su intención en una negativa, tiene que probarla, aunque sea de la manera que esto se pueda; porque así como no se presume el hecho, así no se presume el no hecho, y porque es regla de derecho apoyada en la recta razón, que el actor debe de probar su acción, y no esperar las pruebas del adversario.

Los autores antiguos son contrarios al recurrente; pero, ¿serán estas sutilezas de los antiguos sofistas y tendrá á su favor las doctrinas de los modernos, más claras y á veces más filosóficas que las de aquellos? Vamos á verlo.

Publicábase en Bruselas desde 1838, una revista de derecho, y en el tomo de 1841 publica un artículo de M. E. Bonnier,[1] sobre este tema: «De la preuve d'un fait negative» y empieza: «Il ne faut pas de bien profonds reflexions pour se convaincre de la possibilité de prouver une negative.—Celui qui reclame quelque chose, dice más adelante, en justice, veut innover, puisqu'il ataque, ou bien la possession positive de son

1 Revue des Revues de Droit, pág. 68 y sigs.

adversaire, s'il s'agit d'un droit reel, ou bien, en matière personelle, cette sorte de possession de sa liberté où se trouve placé tout homme dont l'assujettissement envers autrui n'est pas constaté. C'est à lui à justifier son assertion, puisque rien ne se presume en dehors de présomptions etablies par la loi. Sur quoi s'appui-t-il pour rejeter le fardeau de la preuve sur l'adversaire? Sur ce qu'il lui est impossible de prouver ce qu'il soutient! Mais alors pourquoi vient-il entretenir la justice de ses réclamations? Comment! il reconnait en principe que c'est à lui à etablir son droit, et parce qu'il ne saurait y parvenir, il voudrait imposer le rôle actif dans la procedure à l'autre partie qui ne reclame que le maintien du statu quo!» De estos raciocinios concluye que la obligación de probar incumbe al actor, ya se apoye en hechos positivos ó en hechos negativos.

Este mismo artículo se encuentra en su obra,[1] en donde establece esta regla sin excepción:[2] «Un principe de raison et de sécurité sociale tout à la fois, c'est que celui qui veut innover doit démontrer que sa prétention est fondée.»

En el mismo sentido se expresa el autor italiano Francisco Ricci:[3] «Una vez afirmado un hecho por una parte y negado por la otra, ¿á quién incumbe probar? Se tiene como regla general que el peso de la prueba recae sobre quien afirma el hecho y no sobre quien lo niega.—Entendemos que el principio regulador del peso de la prueba, no debe plantearse en

1 Traité theoriq. et prat. des preuves, núm. 38, et suiv.
2 Núm. 35.
3 Tratado de las Pruebas, tít. I, cap. III, § 30, Madrid.

estos términos no del todo exactos. El peso de la prueba, á nuestro modo de ver, no puede depender de la circunstancia de negar ó de afirmar un hecho, sino de la obligación que se tiene de demostrar el fundamento de cuanto se pretende en juicio, dado que ninguna demanda ni excepción alguna puede prosperar en juicio si no se demuestra. El principio por tanto regulador del deber de probar debe formularse de este modo: Quien quiera que asienta como base de su demanda ó excepción, la afirmación ó la negación de un hecho, está obligado á suministrar la prueba de la existencia ó de la no existencia del hecho, toda vez que sin esta demostración, la demanda ó la excepción no resulta fundada y el juez no puede admitir demandas ó excepciones infundadas.»

La Corte de Casación de Francia se ocupó varias veces de la cuestión que analizamos. Existían unos pantanos que fueron desecados por M. Cobergher, quien vendió una parte á los antecesores de Declerque-Wissocg. En 1646 volvieron á inundarse, y el 1º de Febrero de 1746 se hizo una nueva concesión á favor del Conde de Heronville, dictándose una disposición, para que los antiguos dueños presentaran sus títulos dentro del término de tres meses, bajo la pena de que los que no los presentaran perderían todo derecho. Por declaración de uno de los sucesores del concesionario se declaró que una parte pertenecía á Declerque-Wissocg, quienes se hallaban en posesión, y contra ellos propusieron demanda los sucesores del concesionario, fundándose en que Wissocg no podía sostener que era propietario, sino justifican-
ɔ que sus causantes habían presentado sus títulos

conforme á la Ordenanza de 19 de Octubre de 1754, cuya justificación no se había hecho. Perdieron los demandantes en primera y segunda instancia, é interpusieron el recurso de casación, invocando como uno de los medios el de que: "Con la disposición que condena á los demandantes en casación á probar la no presentación de títulos por los demandados ó sus causantes, la Corte Real se ha puesto en oposición con el principio de que no se puede imponer la obligación de probar un hecho negativo: «ei incumbit probatio qui dicit, non ei qui negat.» La Corte, por sentencia de 21 de Noviembre de 1826,[1] desecha el recurso de casación invocando los razonamientos que siguen: «Attendu en *droit*, d'une parte que *l'imposibilité* même de prouver ne dénature point les *qualités* des parties, et ne fait pas tomber sur le *défendeur* l'obligation d'une preuve, qui, formant la *base* de la *demande*, est essentiellement à la charge du demandeur: *frustra veremine* ne ab eo, *qui lite pulsatur, probatio exigatur:*[2] Et attendu, de l'autre, que la preuve négative est réputée affirmative toutes les fois qu'environnée et circonscrite par des faits *positifs* de temps et de lieu, elle résulte elle-même *parfaite* et compléte de la seule preuve de ces faits.—Et attendu qu'il est constant au procès que la production dont- il s'agit devait être faite dans un délai *déterminé*, c'est à-dire dans *trois mois*, et dans un lieu *déterminé*, c'est-à-dire dans le greffe de la subdélegation de Bergues.—Que, dans ces circonstances, en décidant que la preuve relative à cette production *devait* et

1 Colecc. Sirey, t. 8°, I, pág. 459.
2 Loi 8, de Code De Probat.

pouvait être faite par les demandeurs, l'arrêt ne s'est mis en contradiction avec aucune loi»

Las mismas doctrinas aplicó en otro caso en sentencia de 20 de Diciembre de 1892.[1] Los esposos Esnault contrajeron matrimonio en 1887. En 1890, la mujer propuso demanda de divorcio fundada en ofensa grave de su marido, por no haber consumado el matrimonio durante tres años, justificando el hecho con un certificado de virginidad. El marido reconoció el hecho imputándole á resistencias de su mujer. El Tribunal de primera instancia declaró el divorcio en perjuicio del marido, quien interpuso apelación, y la Corte de Caen revocó la sentencia de primera instancia, declarando sin lugar el divorcio, fundándose en que no estaba probado que la no consumación fuera por causa del marido, es decir, que admitía que el hecho alegado constituiría ofensa en el caso de que hubiera sido por culpa del marido; pero estableció que esto no estaba probado.

La Sra. Esnault interpuso recurso de casación y se fundaba en lo siguiente: «Exigir de la mujer la prueba de que la abstención demostrada del marido no puede ser imputada á la propia repulsa de ella misma, sería contrario, por una parte, á la regla de buen sentido, según la cual no se puede exigir á una parte el que haga una prueba imposible visto su carácter negativo absoluto, y, por otra parte, á la regla *reus in excipiendo fit actor*. En efecto, el marido contra el cual está probada la abstención invoca á título de excepción la repulsa de la mujer. Le corresponde,

1 Colecc. cit., tomo de 1893, I, 306.

pues, probar la repulsa; los hechos de la repulsa de la mujer son hechos positivos, cuya prueba puede ser difícil, pero no imposible en sí misma.»

El Consejero Denis fué el Relator de este asunto é hizo de él un estudió concienzudo que merece leerse por las observaciones delicadas que contiene; pero me limito á trascribir el párrafo que sigue: "C'est manifeste que le pourvoi fait une confusion entre la défense et l'exception; le défendeur contre qui la preuve n'est pas faite, et que le juge n'a pas encore le moyen de condamner, n'a pas à renverser par une preuve contraire la prétention non établie de son adversaire; il n'a pas à fournir une justification; il est dans l'attente de la justification de la demande, à défaut de quoi, sans rien proposer, il sera absous." La Cámara de Requêtes aceptó las ideas del Consejero Relator fundándose en que "l'arrêt attaqué n'a ni faussement interprété, ni violé les régles et dispositions de loi invoquées par le pourvoi; qu'il s'est, au contraire, conformé aux principes généraux sur la matière."

La teoría filosófica, la sana teoría, no contradicha por nuestro Código de Procedimientos, es la de que el actor tiene que probar lo que es el fundamento de la acción que deduce.

7.º Requisito. Se necesita también, para que el recurso prospere, que se ataquen en debida forma todos los fundamentos de la sentencia. Es decir, que no procede el recurso de casación aun cuando se demuestre que la sentencia ha incurrido en diversos errores ó violaciones de derecho, siempre que la parte resolutiva de la sentencia se pueda sostener por otros

fundamentos de la misma que no hayan sido atacados, ó que no lo hayan sido aptamente.

Este requisito es de importancia suma en el presente negocio, y aun en la materia general del recurso de casación, por lo que voy á procurar fundarle de una manera plena y acabada.

Dice M. Tarbé que según se expresa M. Joly de Fleury, en el caso del recurso en casación, el rey se contenta con ver si los jueces se han conformado con las ordenanzas, si no han excedido sus poderes, y si de los fallos puede resultar perturbación del orden público ó de la tranquilidad de sus súbditos, y que de este principio se infiere que no constituyen medios—ouvertures—de casación:[1] «Des motifs erronés lorsque le dispositif est suffisamment defendu par d'autres motifs conformes à la loi.» El mismo autor dice en nota: «Quelque fois même les motifs d'un arrêt sont tout-á-fait contraires à la loi; mais soit que d'autres motifs protégent les mauvais, soit que le dispositif comparé aux faits soit à l'abri de la cassation, la Cour se contente de dire, sans approuver les motifs, etc.» F. Crépon:[2] «Jugé aussi que l'erreur dans l'un des motifs d'un jugement ne donne pas ouverture á cassation, si le dispositif est d'ailleurs justifié par les autres motifs.» Ed. Fouzier-Herman:[3] «Que lorsqu'un arrêt prononçant une decision unique s'appuie sur plusieurs moyens dont un suffirait à sa justification, le pourvoi qui, dirigé contre cet arrêt, laisse subsister,

1 Loc. cit., Introduct. § 3, cap. 3.
2 Loc. cit., t. III, l. III, capítulo III, núm. 77.
3 Loc. cit., §§ 1,100 y 1,104.

en ne l'attaquant pas, celui des moyens qui suffit pour que le dit arrêt ait une base légale, doit être réjeté comme sans intérêt. Lorsqu'un arrêt a prononcé la resiliation d'un bail à la fois à raison d'un abus de jouissance et par application de la clause résolutoire insérée au bail, il n'y a pas lieu de statuer sur un moyen de cassation se référant uniquement à la clause résolutoire. Cass. 28, déc. 1887, Kayser:[1] Dans l'espèce, le pourvoi se trouvait sans intérêt, puisque, à supposer que l'arrêt eut été cassé sur la clause résolutoire, il aurait subsisté en ce qui concernait l'abus de jouissance qui ne denonçait pas le pourvoi."

Crépon cita veinte ejecutorias para fundar su tesis y vamos á examinar algunas de ellas y las dos que cita Fouzier-Herman.

La primera que se cita es de 22 Nivoso, año XI:[2] "Sur le second—moyen,—que les juges ont énoncé avec précision les motifs qui ont amené leur décision, et que lors même que l'un d'eux serait erroné, cette erreur prétendu ne saurait donner ouverture à cassation." En sentencia de 24 de Julio de 1821:[3] "Sur le moyen tiré d'une fausse application de l'art. 436 du Cod. de Comm.: Attendu que s'il est vrai que, cette article était en effet étranger à la contestation et applicable seulement aux capitaines, assureurs, affreteurs, en cas de dommages, avaries causées par leur fait, cas qui ne se rencontre pas dans l'espèce, il est vrai aussi que l'énonciation d'un motif erroné ne peut donner ouverture à la cassation d'un arrêt qui se soutient

1 S. 88, l. 1,165, P. 88, 1,387.
2 Col. Sirey, t. I, 741.
3 Ibid., tomo de 1819-1821, I, 474.

d'ailleurs par d'autres motifs conformes à la loi." Sentencia de 1º de Agosto de 1883:[1] «Mais attendu que l'arrêt attaqué, en constatant la conformité des conclusions prises par la dame Julien et du jugement qui ordonne le partage de chaque succession par portions égales entre les cohéritiers, a suffisament, dans la cause, justifié son dispositif, quelque erronés que puissent être ses autres motifs.» En sentencia de 4 de Mayo de 1874,[2] dice la Corte que la sentencia recurrida desechó las pretensiones del Estado á los bienes en litigio por tres motivos y «Attendu—agrega—que les deuxième et troisième de ces dispositifs ne sont l'objet d'aucun grief de la part du demandeur, que dès lors, il est superflu d'examiner si le premier dispositif, qui seul fait l'objet du pourvoi, implique ou non la violation du principe de la séparation du pourvoir administratif et judiciaire invoqués dans ce moyen.» Finalmente, en sentencia de 28 de Diciembre de 1887,[3] se consagra la misma doctrina resumida en estos términos: «Lorsqu'un arrêt a prononcé la resiliation d'un bail à la fois à raison d'un abus de jouissance et par application de la clause résolutoire insérée au bail, il n'a pas lieu de statuer sur un moyen de cassation se référant uniquement à la clause résolutoire.» Y dice la nota: «Dans le cas de l'espèce le pourvoi se trouvait sans interêt, puisque, à supposer que l'arrêt eut été cassé sur la clause résolutoirc, il aurait subsisté en ce qui concernait l'abus de jouis-

1 Colecc. cit., tomo de 1884, I, 239.
2 Ibid., tomo de 1874, I, 165.
3 Ibid., tomo de 1888, I, 167.

sance que ne denonçait pas le pourvoi.» Finalmente, en sentencia de 4 de Abril de 1894: "Il n'y a pas lieu pour la Cour de cassation de s'arreter à la critique dirigée par le pourvoi contre un motif de l'arrêt attaqué, lorsque le dit arrêt contient d'autres motifs reconnus à l'abri de critique et suffisants pour justifier sa décision."

El Tribunal Supremo de España, en sentencia de 11 de Diciembre de 1885,[1] dice: «Considerando respecto del motivo tercero que sobre dirigirse contra uno de los fundamentos del fallo, los cuales no pueden ser objeto del recurso de casación, la sentencia no infringe la ley y doctrina que se citan....» En sentencia del Tribunal Supremo, de Mayo 30 de 1862,[2] se dice: «Considerando que los fundamentos de la sentencia no pueden ser objeto del recurso de casación, según lo tiene declarado este Tribunal muy repetidamente, sino tan sólo su parte decisiva, y que, aun estando apoyadas en leyes inaplicables ó en apreciaciones equivocadas, todavía es improcedente el recurso, si la decisión no infringe alguna ley ó doctrina de jurisprudencia. Considerando por consecuencia que la invocación hecha en la sentencia de este pleito, de las disposiciones del Código de Comercio, por más que no haya sido oportuna, no autoriza el recurso, si en la parte decisiva de aquella no se ha infringido alguna ley, y en éste no se ha citado con oportunidad.»

Esta Sala, en sentencia de 17 de Abril de 1894, bajo la ponencia del Sr. Magistrado D. Rafael Rebo-

1 Colecc. esp , t 58, núm. 449.
2 Colecc. cit., tom. 7°, pág. 329, núm. 149.

llar,[1] consigna la idea que resume en estos términos: «También es ilegal—la interposición—cuando se recurre contra los Considerandos que no rigen exclusivamente la decisión.» Esta misma Sala decía igualmente en sentencia de Julio 13 de 1894, con la ponencia del Sr. Rebollar:[2] "Considerando cuarto: Que lo que se refiere á las violaciones de fondo, las quejas contenidas en los capítulos IV y V, tienen por objeto demostrar que se violaron leyes reguladoras de la prueba, atacando en detalle la valorización que de ellas hizo en conjunto el Juez sentenciador, en virtud de una soberanía que le da el hecho de no existir regla legal para estimar pruebas conjuntas y ligadas; pero aun suponiendo que, como dice el recurrente, ni la prueba documental ni la testimonial sirvieran para demostrar más que lo que él dice, resultaría el ataque contra Considerandos que no son el exclusivo apoyo de la parte resolutiva. Basta que un fundamento sea eficaz y pertinente para regir la parte resolutiva, para que el fallo deba subsistir; y eso acontece en el caso actual, en el que el fundamento capital consiste en que D. Antonio Castro poseía los bienes embargados y tenía por tanto la presunción legal—que hace prueba plena, según el art. 1,305 del Código de Comercio —de poseerlos por sí y de ser su propietario."

De tal manera es exacta la teoría que estoy sosteniendo que, según hemos visto en las dos últimas sentencias de la Corte francesa, cuando no se reclaman todos y cada uno de los fundamentos de la sentencia que pueden determinar la parte resolutiva, ni siquiera

1 An. de 1894, pág. 115.
2 Ibid., pág. 268.

entra á examinar si son ó no fundadas las quejas que se alegan.

Con arreglo á este principio, para que la Sala declarase que era de casarse la sentencia, no bastaría que declarara fundados uno ó varios de los capítulos que se alegan, sino que sería necesario que declarara fundados todos y cada uno de aquellos que, de no estimarse, bastaría para fundar la sentencia.

Vamos á ver cuales son los capítulos que se hallan en este caso.

Se funda el capítulo

X

en que, en concepto del recurrente, la Sala afirma: "que la autoridad no debe pronunciar en caso alguno la reprobación del comunicado." Si la *reprobación* es igual á la "declaración de que no es de aprobarse el comunicado," y esta declaración es *previa* á la acción que se ejercita, según el escrito de demanda, resulta que si es verdad que la autoridad no debe de pronunciar en caso alguno la reprobación del comunicado, el actor no habrá justificado su acción y por lo mismo los demandados debieron haber sido absueltos.

Hay que advertir que aun cuando fuera inexacta la afirmación mencionada, la Sala de Casación no podría declararlo así, sino porque con esa proposición se violara el art. 20 de la ley de 10 de Agosto de 1857, porque sólo bajo este concepto puede ser examinado por la Sala de Casación, según antes he demostrado.

La observación que precede debe aplicarse á todos los demás capítulos que sigo analizando.

Se funda el capítulo

XI

en que, según el recurrente; la sentencia establece que "la no aprobación del comunicado, sólo puede verificarse antes de la sentencia de división."

Si la no aprobación del comunicado es requisito previo á la acción, si esa no aprobación no puede verificarse sino antes de la sentencia de división, y si la sentencia de división está ya pronunciada, es claro que basta este fundamento para que sean absueltos los demandados.

Se fundan los capítulos

XIII, XVII y XX

en que la Sala declara "que no tiene el actor las acciones deducidas, porque las renunció en el convenio de división de los bienes de D. Manuel Escandón."

Si es verdad que el actor renunció á la acción que ejercita, es bien claro que basta esta circunstancia para que sean absueltos los demandados.

Se funda el capítulo

XIV

en que la Sala declara "que la ley sólo da, respecto del comunicado, acciones al Juez y al Ministerio Público."

Si esto es así, es claro que él sólo basta para que se

declare sin lugar cualquiera acción ejercitada por entidades distintas de las mencionadas.

Se funda el capítulo

XVIII

en que "la Sala niega la acción de caducidad que he fundado, en que se ignora quienes sean los legatarios, porque esto, según afirma, no es cuestión de autos."

Es claro que si no es cuestión de autos el averiguar quienes sean los favorecidos por el comunicado, y si según el recurrente, la acción que dedujo se funda en que no se pueda saber para quiénes sea el comunicado, bastaría aquel fundamento para absolver á los demandados.

Se funda el capítulo

XIX

en que "la Sala niega la acción de caducidad, porque no reputa aplicable la ley 9, tít. 9, Part. 6ª, cuya aplicación, dice, hace imposible la naturaleza secreta del comunicado."

Si la razón por la que no debe aprobarse el comunicado, es por lo que determina la ley 9, tít. 9, Part. 6ª, respecto de legados inciertos, y esta ley no es aplicable al caso, y es la única que se cita como infringida, bastaría esa circunstancia para absolver á los demandados.

Se fundan los capítulos

XXI, XXXVIII, XXXIX-1º y XL

en que "renunció el derecho de acrecer en los convenios de Mayo 29 de 1869."

Si la acción se funda en el derecho de acrecer, y renunció por convenio á ese derecho de acrecer, es claro que esa sola circunstancia basta para absolver á los demandados.

Se funda el capítulo

XXII

en que "habiendo terminado el juicio de testamentaría, ha terminado toda acción hereditaria."

Siendo acción hereditaria la que se deduce, y habiendo terminado el juicio de testamentaría, si terminado éste termina toda acción hereditaria, esa circunstancia basta para absolver á los demandados.

Se funda el capítulo

XXIII

en que "aceptada la manda por los representantes del comunicado, debe pasar el comunicado á los herederos de los legatarios, y no á los herederos de D. Manuel Escandón."

Es claro que también basta este capítulo para absolver á los demandados; porque los demandantes ni prueban, ni afirman siquiera que sean ellos herederos de los legatarios del comunicado.

Se fundan los capítulos

XXX, XXXI y XXXII

en que "según el recurrente, la Sala afirma que aunque los valores del comunicado están en poder de los Sres. Escandón y Barron, pueden estar en virtud del cumplimiento del mismo comunicado."

Es claro que esta circunstancia bastaría para absolver á los demandados.

Se funda el capítulo

XXXIII

en que según el recurrente, la Sala declara que "los valores atribuídos al comunicado, pueden estar en poder de los Sres. Escandón y Barron, en virtud de contratos que éstos hayan celebrado con los legatarios, velados por el secreto del comunicado."

Es bien claro que si esto es así, eso basta para absolver á los demandados.

Se funda el capítulo

XXXV

en que la Sala declara que no está probado el no cumplimiento del comunicado, porque «sin conocerlo, no se puede decir que no ha sido cumplido.»

Basta también esta proposición, para que fueran absueltos los demandados.

Se funda el capítulo

XXXIX

en que da por probada la excepción de cosa juzgada: «1º, con la sentencia de 10 de Junio de 1869; 2º, con la de 18 de Octubre de 1884; y 3º, con la de 1º de Marzo de 1886.»

Si cualquiera de estas sentencias forma excepción



de cosa juzgada, procedería la absolución de los demandados.

Se funda el capítulo

XL

en que la Sala declara probada la excepción de prescripción.

Si esta excepción está probada, es claro que ella sola basta para absolver á los demandados.

Resulta, pues, que tendría que declarar comprobados los siguientes capítulos, con sus respectivas violaciones de leyes:

VIOLACIONES

Capítulos.	
X.	Art. 20 de la ley de 10 de Agosto de 1857, art. 66 del Código de Procedimientos, y 13 de las Instrucciones para el Juzgado de Difuntos.
XI.	Art. 20 de la ley de 10 de Agosto de 1857, 1,167 del Código Civil de 1870, y 1,061 del vigente.
XIII.	Ley 8ª, tít. 3, Part. 3ª, y art. 26 del Código de Procedimientos.
XIV.	Art. 20 de la ley de 10 de Agosto de 1857.
XVII.	Ley 8ª, tít. 3, Part. 3ª, y art. 26 del Código de Procedimientos Civiles.
XVIII.	Art. 554 del Código de Procedimientos Civiles.
XIX.	Ley 9ª, tít. 9, Part. 6ª.

Capítulos.

XX. Arts. 1º y 26 del Código de Procedimientos Civiles.

XXI. Art. 20 de la ley de 10 de Agosto de 1857 y ley 23, tít. 9, Part. 6ª.

XXII. Art. 1º del Código de Procedimientos Civiles.

XXIII. Ley 9ª, tít. 9, Part. 6ª.

XXX. Arts. 354 y 355 del Código de Procedimientos Civiles.

XXXI. Art. 3º de la ley de 23 de Diciembre de 1843.

XXXII. Arts. 439, frac. II, 551, 554 y 546 del Código de Procedimientos Civiles.

XXXIII. Art. 3º de la ley de 23 de Diciembre de 1843.

XXXV. Art. 3º de la ley de 23 de Diciembre de 1843.

XXXVIII. Art. 20 de la ley de 10 de Agosto de 1857 y ley 23, tít. 9, Part. 6ª.

XXXIX. Art. 621 del Código de Procedimientos Civiles, 3,153 y 1,277 del Código Civil vigente.

XL. Art. 20 de la ley de 10 de Agosto de 1857, y ley 23, tít 9, Part. 6ª.

Entre estos capítulos están los 21, 38 y 40 respecto de los cuales ha pretendido rectificar las citas, y que por ese solo hecho debemos considerarlos retirados del debate; porque no podemos examinar las citas que contiene el escrito introductivo del recurso porque están retiradas, y no podemos examinar las nuevas citas

que se señalan, porque no están hechas en el escrito introductivo del recurso.

Resulta de este estudio que para casar la sentencia recurrida, era preciso que esta Sala empezase por declarar fundados los diez y nueve capítulos que se han enumerado, y que se habían cometido las treinta y cinco infracciones que en ellos se alegan, y que se habían cometido estas infracciones bajo los conceptos que expresa el recurrente.

Y como estimo todas esas declaraciones un imposible jurídico y un imposible moral, creo que debo permanecer tranquilo respecto del éxito del recurso que estamos discutiendo.

He dicho que la Sala necesitaba empezar por hacer las declaraciones expresadas; pero ni eso bastaba para llegar á la casación que se solicita.

8.º Requisito. Aun cuando fueran fundados los diez y nueve capítulos que acabamos de analizar y se hubieran cometido las treinta y cinco infracciones alegadas, y añado, aun cuando fueran fundados los cuarenta y un capítulos que menciona el recurso y existieran las setenta y tres infracciones que en ellos se alegan, bajo los conceptos que expresa el recurrente, aun así no podría declararse la casación; porque, á pesar de esos cuarenta y un capítulos, se han dejado sin reclamación puntos esenciales de la sentencia, que bastan para fundar la absolución del demandado.

La parte de la sentencia no reclamada, constituye ya irrevocablemente la verdad legal. Así lo fundan varias de las doctrinas que he citado, pues propiamente este requisito no es distinto del anterior, sino el

mismo que se aplicó antes á los capítulos del recurso que reclamaban algún fundamento de la sentencia recurrida, y se aplica aquí á los fundamentos no reclamados. Esta Sala en sentencia de 17 de Abril de 1894[1] dice: «Considerando cuarto. El fallo no sólo estimó la prueba testifical y la malamente llamada documental, sino también la de confesión, como es de verse en el considerando primero, y contra esta estimación, por mala que se le suponga, no ha recurrido en ninguna forma la parte de D. Celestino Hommel, estando por lo mismo impedida la Sala para examinarla.[2] Considerando segundo: que sean los que fueren los errores cometidos en la sentencia y de los que no se hace solidaria esta Sala, para que en vía de casación pudieran enmendarse, habría sido necesario que las quejas se hubieran presentado aptamente, lo cual no se ha hecho, y este tribunal no debe suplir las deficiencias del recurrente ni examinar más cuestiones que las que han sido objeto del recurso.»[3] He citado hace poco el resumen de la sentencia de la Corte de Francia de 24 de Abril de 1894[4] que dice: «Il n'y a pas lieu pour la Cour de Cassation de s'arreter à la critique dirigée pour le pourvoi contre un motif de l'arrêt attaqué, lors que le dit arrêt contient d'autres motifs reconnues à l'abri de critique et suffisants pour justifier sa decision.»

La jurisprudencia más reciente confirma más y más este mismo principio como puede verse en sentencia de 26 de Junio de 1894[5] y de 28 de Noviembre de

1 An. de 1894, pág. 115.
2 Art. 712 del Cód. de Proc. Civ.
3 Art. 712 del Cód. de Proc. Civ.
4 Colec. cit., t. de 1894.-1.-283.
5 Sirey, tomo de 1895.-1.-435.

1894,[1] y voy á insertar la parte relativa de la última que conozco, fecha 13 de Junio de 1895:[2] «La Corte; —Sobre el primer medio, tomado de la violación del art. 1,351, Código Civil:—Atendiendo á que las pretensiones de los esposos Boüan han sido rechazadas en su totalidad por la razón de que no estaban apoyadas en presunciones suficientes, y que no había lugar de autorizar la prueba testimonial de los hechos alegados, los que no eran pertinentes, por consecuencia de su falta de precisión, particularmente en cuanto á la designación de las cartas sobre las que versa el debate. Atendiendo á que con esta apreciación soberana la Corte de apelación ha dado una base jurídica á su decisión, la que, estando así conforme á la ley, no puede ser comprometida en su validez, porque al motivo antes enunciado los jueces de hecho hayan agregado otro tomado de la autoridad de la cosa juzgada, que es el único que ataca el medio propuesto.»

Al insertar esta sentencia el coleccionador se limita á comentar: «cela est constant,» y á mí sólo me resta agregar que estas tres últimas sentencias son de la Chambre de Requêtes, es decir, que se considera este requisito más bien como de admisión que como de fondo.

El primer punto que habría sido preciso reclamar para que procediese la casación, consiste, no en lo que dice la sentencia, sino en algo que no dice la sentencia.

Para que pudiera prosperar la demanda era necesario que se hubiera demostrado, y así lo hubiera aceptado la sentencia, que existían bienes que habían

1 Sirey, tomo de 1895, pág. 405.
2 Sirey, tomo de 1896.-1.-230.

pertenecido al comunicádo en poder de los demandados, sin que bastara naturalmente el que se dijera ó asentara que existían en poder de ellos bienes ó valores en general, sino los bienes ó valores determinados á los que se aplicara la caducidad.

No declarando nada de esto la sentencia, era preciso que el recurrente hubiera reclamado esta omisión de la sentencia por violación de las leyes reguladoras de la prueba.

El recurrente asegura, ó cuando menos insinúa, que la sentencia declara que existen bienes del comunicado en poder de los herederos de D. Antonio Escandón, mas la sentencia no declara semejante cosa.

La sentencia establece en el principio del Considerando 16, diversos hechos que resultan comprobados en autos, sin señalar entre ellos el de que se trata, y agrega: «Pero en ese cúmulo de probanzas, no se encuentra alguna que venga á justificar un hecho que debe estimarse como el más grande sostén de la demanda entablada, á saber: *que no se ha cumplido con el comunicado secreto* tantas veces mencionado, y que es contrario á las leyes. En efecto, pretende hacerse descansar la prueba en este punto en la *falibilidad de otra presunción*, diciéndose, que supuesto que los valores de más importancia que se aplicaron á la manda reservada se encuentran en poder de los herederos de D. Antonio Escandón, es de creerse que no se ha cumplido con el fin de la manda; pero debe observarse, en bien de la igualdad del raciocinio que de esa circunstancia misma se puede deducir, *que ha sido cumplido,* toda vez que no es imposible que tal hubiera sido alguno de los manda-

tos secretos del testador.» Dice también la sentencia: «Considerando decimoséptimo: que con el fin de profundizar más aún el estudio de la cuestión, pueden permitirse por un momento dos supuestos: 1º que está plenamente probado que no se ha cumplido con el comunicado tantas veces repetido, á causa de lo cual ciertos bienes consignados para ese cumplimiento pueden estar hoy en poder de los herederos de D. Antonio Escandón;...... En cuanto á la segunda suposición, tampoco puede favorecer las pretensiones de la sucesión Amor, porque reprobado el comunicado, á lo más podría decirse *que los bienes á él pertenecientes no podían estar en poder de las personas que los poseén;* pero de aquí no se deduce que pertenezcan en parte á los herederos de D. Ignacio Amor que los pretenden.»

Ya ha visto la Sala lo único que dice la sentencia sobre los bienes de que se trata y ya ha visto como no declara, ni pensó en declarar, que existieran bienes del comunicado en poder de los herederos de D. Antonio Escandón, sino que simplemente examina un argumento de la parte actora bajo la hipótesis por la misma parte establecida, y de ello no dejan lugar á duda las frases *pretende hacerse descansar la prueba.... diciéndose: pueden permitirse por un momento dos supuestos; en cuanto á la segunda suposición.*

No bastaría que la sentencia hubiera hecho esa declaración genérica de bienes, porque sobre esas generalidades no puede recaer sentencia: «Nec sufficit demostratio generalis, quæ non facit rem certam quia generalis parit obscuritatem...... Neque in re dubia

et incerta certa est danda sententia.»[1] sino que debía determinar cuáles eran esos bienes. El quejoso dice en el capítulo XXXII que esos bienes consisten en el templo de San Agustín, el precio del ferrocarril de Veracruz y el 25 por 100 de subvención del mismo ferrocarril; pero la sentencia recurrida no habla una palabra de esos valores, y nadie tiene derecho ya de hablar de ellos, no habiéndose reclamado, como no se reclamó, la omisión de la Sala.

Resulta de esto que no consignando, como no consigna la sentencia, que existan bienes del comunicado en poder de los demandados, y no habiéndose reclamado contra ella por este concepto, no puede declararse la casación, por falta de interés en el quejoso.

Habla la sentencia en el Considerando 6º de la facultad que el art. 20 de la ley de 10 de Agosto de 1857 concede á la autoridad para exigir que se le dé á conocer el comunicado secreto, y agrega: «Y debe tenerse presente que el artículo expresamente dice, al establecer esa facultad, que esa obligación por parte de los albaceas se cumpla con la debida reserva, palabras que demuestran, sin género de duda, que á la autoridad respectiva es á la única á quien compete exigir esa revelación, pero sin forma de juicio, sin alegaciones de partes, sin rendición de pruebas, sin *determinaciones,* en fin, que puedan rasgar el velo á los secretos; que ella es la única que debe cerciorarse del acatamiento á las leyes en esas misteriosas disposiciones, y que nunca podría tener completa rea-

1 Pérez de Lara. De Aniversaris et Capell., lib. I, capítulo X, núm. 8.

lización esa debida reserva, si además de tal autoridad se diese derecho á otras personas para penetrar en los secretos de la manda.» De las palabras transcritas sólo se ha reclamado la parte relativa á que no haya de tomar sobre el punto *determinaciones*. Todo lo demás queda en pie y eso basta para fundar la absolución; pues, en efecto, si los herederos testamentarios ó legítimos tuvieran derecho de demandar al representante del comunicado ó á sus herederos, los demandados tendrían que rendirles cuentas y darles así á conocer el comunicado; pero eso no lo puede hacer porque *ella*—la autoridad—*es la única que debe cerciorarse del acatamiento á las leyes*, y porque *nunca podría tener completa realización esa debida reserva, si además de tal autoridad se diese derecho á otras personas para penetrar en los secretos de la manda;* luego no tiene derecho de entablar una demanda que produciría esa consecuencia: «Consequens qui vult, idem vult antecedens.»[1] Es este el segundo fundamento no reclamado y que basta para la absolución de los demandados.

Ese mismo Considerando 6º dice: «La autoridad administrativa *estuvo en su derecho*, en el presente caso, para promover por medio del Procurador de Justicia, la imposición de una multa con relación al pasado, y en cuanto al porvenir, para celebrar la transacción de 23 de Febrero de 1886, en la que el Ejecutivo de la Unión se obligó á que ninguna autoridad ni funcionario exigiría á los herederos de los albaceas de D. Manuel Escandón, ni la revelación, ni que justi-

1 Gothof. in l. 77, D. De adquirens. vel amit. heredit. 29, 22.

ficaren la inversión de los comunicados secretos....»

Tampoco este fundamento ha sido reclamado, y es el tercero de los que bastan para fundar la absolución, porque si el Gobierno *estuvo en su derecho para obligarse á que ninguna autoridad y funcionario exigiría á los herederos de los albaceas de D. Manuel Escandón, ni la revelación, ni que justificaren la inversión de los comunicados secretos,* es claro que nadie le tiene para promover un juicio con el fin de que no se verifique aquello á que el Gobierno se obligó con perfecto derecho.

Dice asimismo la sentencia: «Considerando séptimo: que es una verdad que en autos no consta el contenido del comunicado, y este hecho que tiene gran significación en las cuestiones que se analizan, trae consigo también, la imposibilidad de saber si lo que encierran los secretos del testador es contrario ó no á las leyes, supuesto que no ha podido ser conocido de nadie.»

El actor no ha reclamado este concepto de la sentencia recurrida, ni podía haberle reclamado, toda vez que sólo contiene ideas iguales á las que profesa el recurrente. En efecto; decía la parte actora en su Informe de primera instancia:[1] «Nadie sabe el objeto del Comunicado. Cumplir la voluntad de D. Manuel Escandón, hoy es IMPOSIBLE. No cabe aplicación de hecho, porque se ignora quiénes sean los legatarios.—No cabe aplicación de derecho, porque la autoridad judicial no puede declarar que no es contrario á las leyes lo que desconoce.»

1 Folleto impreso, pág. 186.

Es bien claro que si la autoridad no puede declarar que *no es contrario* á las leyes, un acto ó una cosa que desconoce, exactamente por la misma razón, no puede declarar que *sí es contrario* á las leyes un acto ó una cosa que desconoce, resultando, como he dicho antes, la identidad de pareceres entre el recurrente y la sentencia recurrida.

Basta este cuarto fundamento para fundar la absolución de los demandados; porque si no puede declarar que el comunicado sea contrario á las leyes, no puede reprobarse ó hacer la declaración de que no es de aprobarse, y en consecuencia, no se puede hacer la declaración que se solicita como requisito previo á la acción que se deduce.

Este fundamento tiene confirmación plena con lo que dice la sentencia más adelante: «Considerando décimo tercero: que lo expuesto hasta aquí basta para demostrar la improcedencia de las dos acciones que abraza la demanda, y más aún si se atiende á que desistida la parte actora de la acción relativa á la revelación del comunicado secreto, *quedó fuera de aplicación el art. 20 de la ley de Agosto, y sin base legal cualquiera reclamación sobre herencia.*» Y aun repite: «Considerando décimo séptimo: que con el fin de profundizar más aún el estudio de la cuestión, pueden permitirse por un momento dos supuestos: 1º que está plenamente probado que no se ha cumplido con el comunicado tantas veces repetido, á causa de lo cual ciertos bienes consignados para ese cumplimiento, pueden estar hoy en poder de los herederos de D. Antonio Escandón; y 2º que debe reprobarse dicho comunicado, que es

lo que se pretende en la primera de las acciones deducidas. Nada se alcanza en favor de la tesis que se sostiene en la demanda para proteger el derecho de herencia, porque ya se ha dicho, que en virtud del desistimiento, *está fuera de aplicación el art. 20 referido*, que es el que ordena que se averigüe si hay ó no algo contrario á las leyes para impedir ó proteger su cumplimiento.»

El concepto anterior tampoco ha sido reclamado, en consecuencia, tenemos consignadas estas dos verdades: 1ª Sin la aplicación del art. 20 de la ley de 10 de Agosto de 1857 no hay *base legal* para cualquiera reclamación sobre herencia: 2ª Habiéndose desistido la parte actora de la acción sobre revelación, *quedó fuera de aplicación el art. 20* de la ley de 10 de Agosto de 1857.

Creo que ni el mismo recurrente va á sostener que se necesita más para que los demandados fueran absueltos.

Y téngase presente que todo lo que sobre este particular dice la sentencia recurrida no es más que la repetición de las mismas ideas del recurrente.

Sostuve yo en mi Informe de primera instancia, que el art. 20 de la ley de 10 de Agosto de 1857 no contenía preceptos de orden público y, que, en consecuencia, podía ser dispensado por el testador.

El señor Juez de primera instancia estableció en el Considerando 5º de su sentencia, que el artículo citado tenía dos preceptos, uno referente á la revelación y otro á la dación de cuentas, y establece que el primero es de derecho público y que, en consecuencia, no puede ser dispensado por el testador, y que el se-

gundo, ó sea la dación de cuentas, sí puede ser dispensado por el testador, y el Sr. Diego Fernández se expresaba de esta manera en su Informe:[1] «El Sr. Juez 5º de lo Civil, sostiene que *se puede dispensar* de dar cuentas.... El Juez admite que la obligación de revelar es una obligación de orden público. Y ¿qué significaría, Señores Magistrados, la obligación que tiene el ejecutor del comunicado de hacer la revelación del comunicado, si la autoridad no tuviera medios para comprobar que esa revelación ha sido sincera? ¿Qué garantía de cumplimiento tienen los intereses públicos que exigen la revelación? Y ¿cuál es la comprobación que puede pedir la autoridad respecto de la sinceridad de la revelación? La comprobación de que el comunicado, tal como ha sido revelado, ha sido cumplido. Si la rendición de cuentas viene á ser prueba de la verdad de la revelación, de la sinceridad de ella, el carácter que tiene la revelación tiene la garantía de su verdad: la rendición de cuentas. La rendición de cuentas, como la revelación, es de orden público.»

Es pues, el actor, el que sostiene que son esencialmente conexos, que tienen la misma condición jurídica la revelación que la rendición de cuentas, y seguramente por tener esta convicción no reclamó la sentencia en los puntos de que venimos hablando; mas sea ó no esta razón, el hecho es que esa parte de la sentencia no fué reclamada, y que por lo mismo quedó firme y como verdad legal.

Habla el Considerando 11 de que los convenios de

1 Folleto, pág. 95.

28 de Mayo de 1869 comprendieron herencia, legados y mandas reservadas y de que abarcaron todos los derechos que los interesados pudieran tener á las dos terceras partes, y continúa: «*porque de lo contrario no se habría comenzado por separar expresamente para siempre, por segregar como sagradas, por apartar de toda discusión y exigencia, esos dos tercios que fueron aplicados á los albaceas para el cumplimiento de sus reservadas intenciones.*»

No ha sido reclamado este concepto y basta él para fundar la excepción de transacción contenida en los citados arreglos de 28 de Mayo de 1869, y la excepción de cosa juzgada derivada de la sentencia de 10 de Julio de ese mismo año, que aprobó aquellos arreglos y puso fin al juicio de testamentaría, quedando igualmente fuera de discusión este quinto fundamento de la sentencia recurrida.

Me permito llamar especialmente la atención de la Sala sobre el sexto fundamento no reclamado.

Se ocupa la sentencia en el Considerando décimosexto de consignar los hechos que resultan probados en autos, enumerando entre ellos el de que se aplicó al comunicado el ferrocarril de Veracruz ó los derechos á esta Empresa, y agrega «que esos valores fueron entregados á los albaceas para el cumplimiento de la manda, con acuerdo de los herederos.» El recurrente no reclama este concepto, ni podía reclamarle, pues él mismo dice:[1] «Jamás D. Ignacio Amor convino en que los ejecutores fueran dueños del co-

1 Folleto, Dúplica en primera instancia, pág. 18.

municado. *Convino* en que se les aplicaran los dos tercios para los efectos de la cláusula 16.»

Perfectamente; pero de este hecho inconcuso se infiere una consecuencia ineludible, cual es la de que se considera aprobado el comunicado.

Los bienes que por esos convenios se entregaban para ese objeto á los ejecutores podían sin duda alguna invertirse por estos en su objeto, desde el día que lo recibieron para eso y con ese fin, y como ninguna traba ni restricción se les impuso, y como al contrario, expresamente se estipuló que ni la testamentaría, ni los herederos habrían de hacer sobre esto reclamación alguna, clara y manifiesta es la aprobación del comunicado y la relevación á los ejecutores de toda responsabilidad ulterior.

En el Informe de primera instancia, refería un caso idéntico decidido por el Tribunal Supremo de España, en sentencia de 27 de Septiembre de 1861[1] que necesito repetir al Tribunal: «Tratábase del testamento otorgado por Dª Antonia y Dª Francisca Oller en 11 de Agosto de 1834, en el que dispusieron que á su fallecimiento se entregara á Fray José de la Lama, una casa en la calle de Mesones y una casería llamada de Titos, "para que dispusiese de ellas según le tenían comunicado, y cumpliese las cargas de conciencia de que estaba instruído por consulta que le habían hecho sobre la materia, sin que persona ni autoridad alguna pudiera obligarle á manifestar el objeto de este fideicomiso, que hacían en uso de las facultades que les permitía el Derecho, porque carecían

1 Colecc. esp., t. 6º, núm. 226.

de herederos forzosos.—Los albaceas, Fray José de la Lama y Lic. D. Juan N. Pérez de Luque y Castillo, practicaron judicialmente la liquidación del caudal, «adjudicando al Presbítero Lama las fincas destinadas al fideicomiso, operación que aprobó la autoridad judicial por auto de 18 de Julio del año de 1840.» —Muerto Fray José de la Lama, los albaceas y herederos de éste fueron demandados por el Sr. Luque y Castillo, también albacea de las Sras. Oller, sobre que entregaran lo que habían percibido «para destinarlo á los objetos que las testadoras designaron, satisfaciendo previamente las cantidades que correspondían por los actos que con arreglo á las leyes hubiese ejecutado el fiduciario Presbítero Lama;» y alegó al efecto, «que además de ser personalísimas las facultades que las hermanas Oller confirieron al Presbítero Lama, la enajenación hecha por los testamentarios de éste, era nula con arreglo á la ley 62, t. 18, P. 3ª; que *ignorándose el destino que debiera darse á la casa*, era claro que debía agregarse su valor, al cúmulo de bienes de las testadoras, para que lo percibieran sus herederos.»—Como se ve, no puede ser más análogo el caso, hasta en las frases de que se usa. «Ignorándose el destino que debiera darse á la casa,» decía en su demanda el Lic. D. Juan Nepomuceno Luque y Castillo. «Por no poderse saber cuál sea el objeto del comunicado,» dice el Lic. D. José Diego Fernández, en su escrito de 28 de Julio de 1893, que titula ampliación ó enmienda de la demanda.— Y ¿qué ha dicho el Tribunal Supremo de España? Pues ha dicho: "Considerando que constituído un fideicomiso de confianza, segregados de la masa co-

mún de la herencia los bienes de su dotación, y entregados al heredero fiduciario, *éste queda desde aquel momento autorizado para disponer de ellos de la manera que le pareciese, para llenar los deberes de su cometido, y no es dado á los albaceas, ni á otra persona alguna, residenciar sus operaciones.*—No tenía la aplicación hecha al Presbítero Lama estipulación alguna especial, ni renuncia alguna de derechos, y no la necesitó el Tribunal Supremo, para declarar que era de negarse toda intervención, fiscalización ó ingerencia de los interesados. Si la división practicada entre los Sres. Lama y Luque hubiera contenido estipulaciones y renuncias análogas á las que contiene la que se ventila en este negocio, es bien seguro que el segundo no se habría atrevido á promover la demanda que entablara.»

La sentencia recurrida no ha vacilado en afirmar con frase inequívoca la consecuencia ineludible que del hecho asentado se deriva de una manera muy semejante á como lo había hecho el Tribunal Supremo de España. Dice así el final del Considerando décimoquinto: «Añádase á lo dicho que el Juez de la testamentaría declaró parte integrante de su sentencia las proposiciones con que concluyen su informe los abogados informantes, y en la primera de éstas se dice que los derechos en el Ferrocarril de Veracruz y demás valores de los dos tercios *pertenecen exclusivamente á D. Antonio Escandón y D. Alejandro Arango y Escandón, para los efectos de la cláusula diez y seis del testamento de D. Manuel Escandón;* de cuya proposición *se desprende claramente la aprobación del comunicado,* pues

de otra manera el Juez no habría hecho la *entrega de esos bienes* á los albaceas para que cumpliesen con la manda.»

El concepto anterior no ha sido reclamado, es por lo mismo una verdad inatacable y trae consigo la consecuencia forzosa de la absolución de los demandados; porque si ya está aprobado el comunicado desde 1869, no puede pedirse hoy que se declare que no es de aprobarse, por impedirlo la cosa juzgada, y falta entonces, conforme al tenor de la demanda, el requisito previo á la acción de herencia deducida.

CONCLUSION.

Creo haber demostrado que el recurso entablado no llena las condiciones legales para que deba de ser admitido ni examinado en casación, y, aun cuando las llenara, no se halla en las condiciones necesarias para que pudiera prosperar, ni existen las infracciones de ley que se reclaman, sino que por el contrario, la Sala sentenciadora ha entendido é interpretado la ley con recto criterio y la aplicó al caso de autos con escrupulosa exactitud.

El recurrente ha dejado sin respuesta la mayor parte de mi informe, á tal grado, que basta la parte no refutada para que impida que el recurso prospere, pues acaso esta Sala no ha conocido de recurso alguno que carezca de más elementos, tanto de forma como de fondo, para que pueda prosperar.

Y tengo que advertir que no atribuyo esos vicios del recurso á deficiencias del Sr. Lic. José Diego Fernández; porque, muy al contrario, considero á este Abogado tan capaz como el que más lo sea, de formular un recurso de casación; pero los abogados no pueden inventar los negocios hechos, y en la forma en que este negocio quedó cerrado por la sentencia de segunda instancia, ni el Sr. Diego Fernández, ni otro abogado alguno podría formular un recurso de casación con la menor esperanza de éxito.

Sin duda lo comprende así el recurrente cuando acude con tanto brío á consideraciones de hecho, que

en nada favorecen su causa; pero que le dan campo abierto á sus apreciaciones ofensivas para con la mayoría de la Sala sentenciadora, el Sr. Juez 5º de lo Civil y los demandados.

Yo bien sé que los Tribunales de casación aborrecen la discusión de los hechos; pero no puedo dejar sin contestación las diversas imputaciones que se nos hacen, procurando que mi respuesta sea lo más concisa posible.[1]

. . . .

. . . .

He concluído, Señores Magistrados. Ni el examen de los hechos, ni el análisis del derecho prestan méritos para el recurso que está sujeto á vuestra decisión, y al desecharle, como lo espero, pagáis nuevo tributo á la justicia y á la verdad, pues no merecen los cargos que les dirige el adversario ni mis clientes, ni los dignos Magistrados que formaron la mayoría, ni el distinguido é inteligente Juez 5º de lo Civil, Lic. D. Alonso Rodríguez Miramón.

1 Los cargos consistían en la repetición de los de primera y segunda instancia á los que se dió análoga respuesta.

México, Mayo de 1896.

LIC. I. SÁNCHEZ GAVITO.



